



FACULTAD DE DERECHO

**EL PRINCIPIO *PRO HOMINE* COMO CLAVE HERMENÉUTICA
DE LA «INTERPRETACIÓN DE CONFORMIDAD» EN EL
MARCO DEL DIÁLOGO ENTRE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS
TRIBUNALES PERUANOS**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado que presenta la Bachiller:

ADRIANA ALEJANDRA MELGAR RIMACHI

Asesor: José Chávez-Fernández Postigo

Arequipa, Julio de 2015

ÍNDICE

GLOSARIO DE SIGLAS	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: LAS «CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN CONFORME» Y LA RELACIÓN DE COORDINACIÓN DESDE EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO.....	9
A. EL PROCESO DE INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	10
B. UBICACIÓN DE LAS «CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN CONFORME» EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO. UNA APROXIMACIÓN A SU NATURALEZA Y FINALIDAD	12
C. APLICACIÓN DE LAS «CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN CONFORME» POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO EN LA SENTENCIA DEL CASO “ARTURO CASTILLO CHIRINOS”, STC EXP. N° 2730-2006-PA/TC	20
1. Justificación y utilidad del caso.....	20
2. Vinculatoriedad de las <i>rationes decidendi</i> de las sentencias de la Corte Interamericana	30
3. Significado del término “coordinación”	37
D. ANÁLISIS DE LAS «CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN CONFORME» A PARTIR DE LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	38
1. La Constitución como norma jurídica y criterio de validez material y formal del conjunto de disposiciones que integran el ordenamiento jurídico peruano	39
2. La interpretación constitucional que incluye una interpretación de las «cláusulas de interpretación conforme» desde la Constitución.....	40
3. Análisis sistemático de las «cláusulas de interpretación conforme»	45
a. Tratados sobre Derechos humanos y su tratamiento en el derecho peruano	45
b. Sistema de recepción y ubicación jerárquica de los tratados de derechos humanos	45
c. Aplicación inmediata conforme al artículo 55° de la Norma Fundamental	48
d. “Cláusula de los derechos implícitos” contenida en el artículo 3° de la Carta Magna	49
e. Rango constitucional y la interpretación del artículo 200° inciso 4 de la Constitución.....	49
E. BREVE BALANCE.....	51
CAPÍTULO II: LA «INTERPRETACIÓN CONFORME» Y LA RELACIÓN DE COORDINACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	53
A. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO	54
1. “La escuela de Triepel” y la tesis dualista.....	54
2. Kelsen y la tesis monista.....	56
3. La tesis de la coordinación	58
B. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES	61
1. Fundamento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	64
2. Fuentes formales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	68
C. SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS..	74

1.	Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	74
2.	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	77
3.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	78
4.	Efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	89
a.	Efecto de “cosa juzgada”.....	89
b.	Efecto de “cosa interpretada”.....	90
5.	Interpretación de la Convención Americana sobre derechos humanos.....	95
6.	Naturaleza de las obligaciones internacionales de los Estados en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	99
7.	El llamado “Control de Convencionalidad” en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos.....	101

CAPÍTULO III: LA CLAVE HERMENÉUTICA DE LA «INTERPRETACIÓN DE CONFORMIDAD» Y EL DIÁLOGO ENTRE LA CORTE INTERAMERICANA Y LOS TRIBUNALES PERUANOS..... 119

A. EN BÚSQUEDA DE LA CLAVE HERMENÉUTICA DE LA «INTERPRETACIÓN DE CONFORMIDAD»..... 120

1.	La «interpretación de conformidad» desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y desde el Sistema Jurídico peruano.....	120
2.	Efectos de la «interpretación de conformidad».....	129
a.	No existe subordinación normativa de la Constitución a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	129
b.	No existe subordinación jurisdiccional de los tribunales peruanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni subordinación interpretativa de la jurisprudencia nacional a la convencional.....	131
3.	La relación de coordinación en la «interpretación conforme».....	135
a.	La exigencia de una coordinación normativa del ordenamiento jurídico peruano y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	135
b.	La exigencia de una coordinación jurisdiccional entre los tribunales peruanos y la Corte Interamericana.....	139
c.	La exigencia de una coordinación interpretativa entre la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia interamericana.....	139

B. DEL DIÁLOGO ENTRE LOS TRIBUNALES PERUANOS Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS..... 145

1.	Alcances generales de “diálogo”.....	145
2.	Una aproximación general sobre el diálogo entre la Corte Interamericana y el Tribunal Constitucional peruano.....	150

C. EL PRINCIPIO *PRO HOMINE* COMO VERDADERO “PARÁMETRO DE CONTROL” EN EL EXAMEN DE CONVENCIONALIDAD..... 153

D. EL PRINCIPIO *PRO HOMINE* COMO CLAVE HERMENÉUTICA DE LA «INTERPRETACIÓN DE CONFORMIDAD»..... 163

1.	Tratamiento doctrinal y la justificación de su aplicación.....	163
2.	Tratamiento jurisprudencial del principio <i>Pro homine</i> por el Tribunal Constitucional peruano.....	169
3.	Aplicación del principio <i>Pro homine</i> por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	170
4.	Lo que supone estar a favor de la persona.....	174
5.	El hallazgo del <i>Pro homine</i> como clave hermenéutica y la propuesta para su aplicación.....	177

CONCLUSIONES..... 187

BIBLIOGRAFÍA CITADA..... 191

GLOSARIO DE SIGLAS

SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
CIC	Cláusulas de interpretación conforme
CDFT	Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución
CPC	Código Procesal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional peruano
DI	Derecho Internacional
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos/ Tribunal de San José/ tribunal interamericano
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de Naciones Unidas

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el tema concerniente a la vinculatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para los Estados parte de la Convención Americana o Pacto de San José, ha ocupado los primeros lugares en la mesa de discusiones. La valoración de esta relación vinculante es el objeto principal de nuestra investigación. Nuestra principal preocupación reside en la manera cómo ha de comprenderse y aplicarse dicha vinculatoriedad en el marco del sistema jurídico peruano. Así, al aproximarnos a distintos estudios doctrinarios nacionales sobre el tema, constatamos que muy poco se ha profundizado sobre lo que significa e implica para los tribunales peruanos y en especial, para el Tribunal Constitucional peruano, que se encuentren vinculados a las sentencias del tribunal internacional interamericano, en los casos que les corresponde resolver.

Consideramos, asimismo, que este tema alberga una importante connotación política, social y cultural, razón por la cual tiene por tanto una clara y particular incidencia en cada una de estas áreas. Sin embargo, nos ha parecido oportuno abocarnos a desentrañar los elementos principalmente jurídicos, que se encuentran detrás de esta relación y conforman el escenario actual de defensa de los derechos humanos. A su vez, en los últimos años, los tribunales nacionales han recurrido con mayor insistencia a determinados dispositivos constitucionales y legales para referirse a la mencionada vinculatoriedad y proceder conforme al significado que atribuyen a aquellos. Este comportamiento nos da algunas luces de que podemos encontrar en estas cláusulas el punto de inicio para ingresar al debate, de manera que, en el trayecto de su explicación vayamos reuniendo, exponiendo y presentando los principales argumentos que justifiquen el sentido de vinculatoriedad que proponemos.

En ese orden de ideas, podemos decir que partimos de las siguientes premisas: (a) Por un lado, la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución dispone que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”; y, por otro lado, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional dispone que el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad

con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte; (b) de los fallos del Tribunal Constitucional peruano en los que se interpretan estas disposiciones, destaca en particular, la sentencia dictada en el proceso seguido por Arturo Castillo Chirinos contra el Jurado Nacional de Elecciones en el año 2006, a partir de la cual se establece que las *rationes decidendi* de los fallos de la Corte Interamericana son vinculantes para el Estado peruano incluso cuando no sea parte procesal; (c) del mismo fallo se declara que existe una integración normativa del ordenamiento jurídico peruano y convencional que vincula a ambas jurisdicciones en una interpretación coordinada de los derechos siempre bajo la primacía de la norma más favorable a la protección de la persona en el caso concreto; y (d) de la naturaleza, características y finalidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en especial de la Convención Americana sobre derechos humanos, se desprende que brinda una protección complementaria, coadyuvante y mínima a la que corresponde otorgar a los Estados; y además, de su artículo 29º se ha destacado doctrinaria y jurisprudencialmente la preeminencia de la aplicación de la norma e interpretación más favorable para la persona en la situación concreta.

De esta manera, con estas premisas, nuestro propósito es demostrar que el principio *Pro Homine* es la clave hermenéutica de la «interpretación de conformidad» que prescriben aquellos dispositivos normativos, de los cuales se deriva la vinculatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana. Además, evidenciaremos que dicho mandato de conformidad establece una relación de coordinación normativa, jurisdiccional e interpretativa que procura brindar la protección más favorable a la persona de acuerdo a las exigencias particulares de cada caso, siendo que la elección de la norma e interpretación más favorable comporta necesariamente un escenario deliberativo o de diálogo judicial entre los tribunales nacionales, especialmente del Tribunal Constitucional peruano con la Corte Interamericana, diálogo que debe considerar la naturaleza armónica de los derechos.

Para tal efecto, la perspectiva metodológica que seguiremos será en el primer capítulo la de la dogmática del Derecho Constitucional peruano, en el segundo la del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el capítulo final recurriremos a una y otra en forma complementaria. A su vez, emplearemos un método descriptivo y valorativo-crítico

que nos permitirá aproximarnos a las sentencias del máximo intérprete constitucional peruano, de algunos tribunales ordinarios y de la Corte Interamericana, para examinar la manera como los jueces abordan, interpretan y aplican la relación de vinculatoriedad, valorar sus argumentos y finalmente, sentar nuestra propuesta de interpretación de dicha relación.

El itinerario de nuestra investigación se organiza de la siguiente manera. En el primer capítulo, nuestro propósito será evidenciar que desde el ordenamiento jurídico peruano y desde la interpretación del Tribunal Constitucional, se postula a través de las «cláusulas de interpretación conforme» una relación de coordinación con los tratados internacionales sobre derechos humanos y, específicamente con la Convención Americana y la Corte Interamericana. Asimismo, que esta relación está orientada a cumplir la armonización de los criterios normativos y jurisprudenciales nacionales y convencionales, que prescriben dichas cláusulas. Para ello, identificaremos la ubicación, naturaleza y finalidad de las mismas. Luego, examinaremos su aplicación por el Tribunal Constitucional peruano y siguiendo los principios de interpretación constitucional desentrañaremos el significado de estas cláusulas como parte del ordenamiento jurídico nacional, acompañado de su análisis sistemático junto con las demás disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales.

En el segundo capítulo, nuestro propósito será demostrar que desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se postula una relación de coordinación con los Estados tendiente a armonizar los contenidos normativos y jurisprudenciales a fin de brindar una garantía efectiva a los derechos. Para ello, estudiaremos la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, considerando especialmente la tesis conciliadora. Luego, nos centraremos en la naturaleza, características y fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Aplicaremos los principios de interpretación de los tratados para esclarecer la finalidad del Pacto de San José y analizaremos la naturaleza de las obligaciones internacionales del Estado peruano en el marco de este tratado. Por último, examinaremos el control de convencionalidad, su fundamento, características y finalidad.

Finalmente, en el tercer capítulo, nuestro objetivo será evidenciar que a través de la aplicación del principio *Pro homine* se podrá efectuar una coordinación normativa,

jurisdiccional e interpretativa, y con ello cumplir el mandato de interpretación compatible y armónica de las cláusulas. Asimismo, será nuestro propósito evidenciar que con el empleo del *Pro homine* se comprenderá cabalmente el sentido de la vinculatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana, en el marco de un necesario diálogo judicial. Para ello, volveremos a la «interpretación de conformidad» con una valoración de sus consecuencias prácticas. Luego, nos referiremos a la exigencia de una coordinación normativa, jurisdiccional e interpretativa entre ambos órdenes de protección. Seguidamente, apreciaremos la trascendencia de la instauración de un auténtico diálogo judicial interamericano, específicamente entre el Tribunal Constitucional peruano y la Corte de San José. Reflexionaremos posteriormente sobre el contenido del *Pro homine*, que dispone actuar siempre a favor de la persona y de sus derechos en el caso concreto. Por último, engarzaremos este contenido con el mandato de «interpretación conforme», lo cual manifestará su ineludible presencia como clave hermenéutica que sostiene el sistema de protección dual de los derechos humanos; para culminar –a partir de la metodología de interpretación de los derechos del profesor Toller– con una propuesta de aplicación de este principio.

CAPÍTULO I

LAS «CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN CONFORME» Y LA RELACIÓN DE COORDINACIÓN DESDE EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

En el presente capítulo, nuestro propósito es evidenciar que desde el ordenamiento jurídico peruano y desde la posición del Tribunal Constitucional, se postula a través de las «cláusulas de interpretación conforme» una relación de coordinación con los tratados y tribunales internacionales sobre derechos humanos, especialmente en este caso, con la Convención Americana y la Corte Interamericana. A su vez, que esta relación está orientada a cumplir con el mandato de las cláusulas, esto es, armonizar los criterios normativos y jurisprudenciales con la finalidad de alcanzar una protección efectiva y concreta de los derechos. Para ello, identificaremos la ubicación de las cláusulas, nos aproximaremos a su naturaleza y nos centraremos en su finalidad. Luego, examinaremos su aplicación por el Tribunal Constitucional peruano, principalmente en la STC Exp. N° 2730-2006-PA/TC expedida en el caso “Castillo Chirinos”, en la cual el máximo intérprete reconoce la relación de coordinación unida a la vinculatoriedad de la *ratio decidendi* de los fallos de la Corte Interamericana. Finalmente, aplicaremos los principios de interpretación constitucional para desentrañar el significado de las cláusulas como parte del ordenamiento jurídico nacional y realizaremos un análisis sistemático de las mismas, acompañadas de los demás dispositivos constitucionales sobre derechos fundamentales.

A. EL PROCESO DE INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como es sabido, finalizada la Segunda Guerra Mundial se inició el proceso de fortalecimiento de la protección de los derechos humanos a nivel internacional. Para ello, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) propuso a todos los Estados miembros la firma de un conjunto de instrumentos internacionales que coadyuven a este fin.

Basta mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, sus protocolos facultativos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobados en 1966 de los cuales el Perú es parte¹, para resaltar el avance progresivo y expansivo de este fenómeno transnacional.

Paralelamente, a nivel regional, se inicia el proceso de formación del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (en adelante, SIDH), con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre², la Convención Americana sobre derechos humanos de 1969³, además de la creación de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Actualmente, a criterio del ex juez de la Corte IDH Antonio Cançado Trindade, tiene lugar una quinta etapa de evolución del sistema

¹ Cfr. C. HAKANSSON NIETO, “Una visión panorámica de la Constitución de 1993. Veinte años después”, *Revista Pensamiento Constitucional PUCP*, N° 18, 2013, p. 26. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/8946/9354>. Consultado el 27/07/2014.

² Dicho instrumento es el primer documento internacional con una proclamación general de derechos, el cual se anticipó varios meses a la Declaración Universal.

³ Se debe incluir como Documentos de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos vinculantes para el Estado peruano a: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (adoptado en Cartagena de Indias, Colombia, 1985); “Protocolo de San Salvador” Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado en San Salvador, El Salvador, 1988); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (adoptado en Belém do Pará, Brasil, 1994); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (adoptada en Belém do Pará, Brasil, 1994); la Convención Interamericana contra la Corrupción (adoptada en Caracas, Venezuela, 1996); la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (adoptada en Ciudad de Guatemala, Guatemala, 1999); la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (adoptada por la Comisión Interamericana, 2000) y la Carta Democrática Interamericana (adoptada por la Asamblea General de la OEA, 2001).

interamericano, que se podría denominar de perfeccionamiento del mecanismo de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴ (en adelante, CADH).

De esta manera vemos que se ha aceptado paulatinamente que la protección de los derechos humanos no pertenece al ámbito exclusivo del Estado, sino que incumbe también al ámbito internacional. A este fenómeno se ha denominado la “internacionalización del derecho constitucional”⁵.

En el marco de este proceso los Estados al prestar su consentimiento, contribuyeron a una “[...] progresiva institucionalización internacional de la protección de los derechos humanos, acompañada por el desarrollo progresivo y la codificación de un cuerpo normativo de derechos en el ámbito internacional”⁶. Del lado del derecho internacional (en adelante, DI) –en opinión del profesor argentino Alfredo Vítolo– éste ha sufrido una mutación, dado que de regular relaciones entre Estados, ha pasado a regular también las obligaciones de los Estados hacia los individuos⁷. De esta forma conviven dos sistemas jurisdiccionales, el nacional y el interamericano, con un doble género de normas en materia de derechos humanos: las que forman parte de instrumentos internacionales –especialmente por ser materia de nuestro estudio nos referimos a la CADH– y las normas de derecho nacional⁸.

⁴Cfr. J. HERRERA PEREZ, “Control judicial internacional de DDHH sobre la actividad jurisdiccional interna de los estados: ¿una cuarta instancia?”, en G. ETO CRUZ (Coord.), *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional, Liber Amicorum Néstor Pedro Sagüés*, Tomo II, Adrus, Arequipa, 2011, p. 767.

⁵ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Revista Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Año 9, N° 2, 2011, pp. 537-538. Disponible en: http://www.cecch.cl/docs/pdf/revista_9_2_2011/articulo_13.pdf. Consultado el 29/07/2014; A. QUIROGA LEÓN, “Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano”, *Revista Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Año 3, N° 1, 2005, p. 247. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2033947>. Consultado el 04/08/2014. El mismo artículo también fue publicado en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución*, N° 4, 2005, p. 277.

⁶A. OTÁROLA PEÑARANDA, “La inserción del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema constitucional peruano”, en J. PALOMINO MANCHEGO (Coord.), *El derecho procesal constitucional peruano, estudios en homenaje a: Domingo García Belaúnde*, Tomo II, Grijley, Lima, 2005, p. 1110; Cfr. H. NOGUEIRA ALCALÁ, “La soberanía, las constituciones y los tratados internacionales en materia de derechos humanos: América Latina y Chile”, en E. FERRER MAC-GREGOR (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II, 3° ed., Porrúa, México 2002, pp. 1410-1411.

⁷ Cfr. A. M. VÍTOLO, “El derecho internacional y la interpretación de la Constitución”, en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo I, Moreno, Lima, 2009, p. 840.

⁸ Cfr. N. SAGÜÉS, “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en J. PALOMINO MANCHEGO y otro (Coords.), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Germán Bidart Campos*, Grijley, Lima, 2002, p. 33.

A lo anterior cabe añadir que el fenómeno de constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH) se explica básicamente en que la regulación de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional la determina en primer lugar los ordenamientos jurídicos de los Estados, dado que a éstos les corresponde establecer el sistema de recepción a partir del cual se incorpora al campo normativo interno el contenido dispositivo y jurisprudencial que a nivel internacional se genera en torno a la protección de los derechos humanos.

Según Daniel O' Donnell, citado por Otárola, “[...] en el ámbito interno las normas internacionales dependen principalmente del valor atribuido al derecho internacional por la Constitución, la legislación y la doctrina de los tribunales nacionales superiores”⁹. El mismo autor refiere que se trata, en realidad, “[...] de una relación basada en la interacción del derecho internacional y el derecho interno, generándose entre ambos ordenamientos jurídicos una influencia recíproca”¹⁰.

Sentado lo anterior, cabe señalar que una de las maneras que utilizan los Estados para integrar el contenido del DIDH a sus ordenamientos jurídicos, son las «cláusulas de interpretación conforme» (en adelante, CIC o cláusulas IC).

B. UBICACIÓN DE LAS «CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN CONFORME» EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO. UNA APROXIMACIÓN A SU NATURALEZA Y FINALIDAD

En este contexto aparece la utilización de las CIC, a través de las cuales, siguiendo a Ferrer Mac-Gregor, se introduce una técnica interpretativa en la que “los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos, signados por los Estados, así como

⁹A. OTÁROLA PEÑARANDA, “La inserción del derecho internacional...”, cit., p. 1115.

¹⁰Ibidem, p. 1110. Sobre el tema, Susana Mosquera afirma que el tratado y el derecho interno deben establecer entre ellos relaciones dinámicas y no puramente formales o jerárquicas en vista a que la necesidad de impulsar la convergencia entre ambos es un deber esencial en el momento actual. (Cfr. S. MOSQUERA MONELOS, “El Perú y la recepción de los tratados de derechos humanos”, en S. MOSQUERA MONELOS (Coord.), *La Constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú. Cuartas Jornadas sobre Derechos Humanos*, Palestra, Lima, 2015, p. 70).

por la jurisprudencia de los tribunales internacionales para lograr su mayor eficacia y protección”¹¹.

En el derecho comparado, diversos países han incorporado estas cláusulas, dentro de ellos destacan: España¹², Portugal¹³, Bolivia¹⁴, Colombia¹⁵, México¹⁶, por citar algunos ejemplos.

En el Perú, encontramos dos cláusulas IC, una contenida en la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución (en adelante, CDFT) que establece:

“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

Y la otra la encontramos en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (en adelante, CPC) que establece:

“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.”

Como se puede apreciar, la segunda cláusula no es exactamente igual a la primera pues añade un componente: la conformidad con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es

¹¹E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad...”, cit., p. 549.

¹² “Artículo 10.2.- Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretaran de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

¹³ “Artículo 16.2.- Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

¹⁴ “Artículo 13.III.- [...] Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

¹⁵ “Artículo 93.- Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

¹⁶ “Artículo 1.- [...] Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

parte¹⁷. Cabe señalar que dichas CIC han sido incorporadas en momentos diferentes. Nos ocuparemos de ello brevemente.

La Constitución peruana de 1979 no contenía disposición similar, únicamente establecía un catálogo sistemático de derechos y otorgaba a los tratados sobre derechos humanos rango constitucional. La cláusula aparece recién, como sabemos, en la Constitución de 1993. En ese orden de ideas, como refiere el profesor García Belaúnde, esta cláusula “[...] tuvo una inclusión casi subrepticia y desapercibida [...]”¹⁸ en el texto constitucional¹⁹. En ese sentido, el antecedente normativo más próximo, al decir de Prado Herrera, lo encontramos en la Constitución española vigente²⁰ mencionada líneas atrás, que contiene una cláusula IC en su artículo 10.2.

De igual manera, referentes jurisprudenciales sobre la CIC los encontramos en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español, el cual al referirse a la cláusula española precisó: “[...] aunque el contenido y alcance de los derechos fundamentales recogidos en los arts. 14 a 30 CE deban interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales a que hace referencia el art. 10.2 CE, esa función hermenéutica no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales [...]”²¹. Ya en otro caso el mismo tribunal había mencionado que “[...]si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en

¹⁷ Cfr. D. GARCÍA BELAÚNDE, “El nuevo código procesal constitucional”, *Revista Provincia*, Número Especial, 2005, p. 408. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/555/55509913.pdf>. Consultado el 28/07/2014.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ En ese sentido, de la revisión del Diario de Debates de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático, no hemos localizado el debate sobre la inclusión de la cláusula contenida en la CDFT. En general, el debate en torno al Título de los Tratados es corto y la atención estuvo centrada principalmente en el rango de los tratados dentro del ordenamiento jurídico peruano. (Cfr. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “Congreso Constituyente Democrático, Debate Constitucional, Plenos - 1993”, Tomo I, Diario de los Debates, Lima 2007, p. 720 y ss.) Consultado en: http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Constitucion_1993/DebConst-Pleno93/DebConst-Pleno93TOMO1.pdf. Consultado el 05/08/2014.

²⁰ Cfr. J. PRADO HERRERA, “La interpretación de los derechos y libertades constitucionales conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia (RAE)*, 2008, p. 196. Disponible en: <http://www.raejurisprudencia.com.pe/data-jurisprudencial.php>.

²¹ STC 38/2011 de 28 de marzo de 2011, fundamento jurídico 2; Cfr. STC64/1991 de 22 de marzo de 1991, fundamento jurídico 4 a) y STC 41/2002 de 25 de febrero de 2002, fundamento jurídico 2.

general, a los tratados que suscriba al Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas [...]”²².

En consecuencia, se considera a los tratados a los que la CIC se refiere como “[...] una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional, así como un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de la infracción denunciada”²³. Añadido a ello, en la doctrina española²⁴, se considera a la CIC contenida en una disposición constitucional como una ventana o un cauce de apertura²⁵ del Derecho interno al DIDH o como una suerte de norma “puente”²⁶ que conecta e interrelaciona ambos órdenes jurídicos²⁷. De esta manera, encontramos en la Constitución y en la jurisprudencia españolas referencias cercanas a la cláusula de interpretación conforme contenida en la CDFT de la Constitución peruana.

Por otro lado, en estos días se critica que la ubicación de la CIC se encuentre en una disposición final transitoria de la Carta Magna. Sin embargo, ello no impide rescatar el contenido y trascendencia de esta técnica hermenéutica. Además, debemos considerar que la diferencia entre esta disposición final y el resto de disposiciones constitucionales, no está en su ubicación dentro de la estructura de la Norma Suprema, sino en el objeto o contenido que regulan²⁸.

²² STC 236/2007 de 7 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 5.

²³ STC 38/2011 de 28 de marzo de 2011, fundamento jurídico 2; Cfr. STC 64/1991, cit. y STC 41/2002, cit.

²⁴ Sobre el tema de la incorporación de la CIC en la Constitución española ver: M. APARICIO PÉREZ, “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales”, *Revista Jueces para la Democracia*, Nº 6, 1989, pp. 9-18. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2529904>.

²⁵ Cfr. A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 53. Citado por: P. CUENCA GÓMEZ, “La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la constitución española”, *Revista de Estudios Jurídicos*, Nº 12, 2012, p. 4. Disponible en: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/829/727>. Consultado el 04/08/2014.

²⁶ Así lo califica J.M. CASTELLÁ ANDREU, “Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos”, en M. A. APARICIO (Coord.), *Derechos constitucionales y formas políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*, CEDES, Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2001, p. 148. Citado por: P. CUENCA GÓMEZ, “La incidencia del derecho internacional...”, cit., p. 4.

²⁷ Cfr. A. QUERALT JIMÉNEZ, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 197. Citado por: P. CUENCA GÓMEZ, “La incidencia del derecho internacional...”, cit., p. 4.

²⁸ Cfr. J. SOSA SACIO, “Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional”, *Gaceta Jurídica*, 2011, p. 92.

Por consiguiente, la CDFT en virtud al contenido que regula no cumple propiamente con la función de una disposición transitoria que como tal es “servir de cierre”²⁹. Por lo que, posiblemente no ostenta la ubicación más adecuada para una disposición cuyo contenido incorpora el acervo normativo de los tratados sobre derechos humanos como criterio interpretativo de los derechos constitucionales. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha dicho que las disposiciones finales tienen “[...] efectos de carácter “general” y “permanente”, esto es, no circunscritos a un ámbito temporal de eficacia”³⁰. Más adelante, agrega que éstas “[...] constituyen auténticas disposiciones constitucionales, que tienen fuerza vinculante y, por ello, integran el parámetro de control en cualesquiera de los procesos constitucionales”³¹. De ahí que su ubicación no sería impedimento alguno para su pleno cumplimiento.

En el caso de la CIC vista en el Código Procesal Constitucional, recordemos que dicha norma entró en vigencia el 01 de diciembre de 2004³². No obstante, antes de su promulgación en mayo del mismo año, el TC ya había sentado jurisprudencialmente el criterio según el cual la interpretación de los derechos conforme a los tratados, incluye implícitamente una adhesión a la interpretación que hayan realizado los tribunales internacionales, como es el caso de la Corte IDH³³.

Sentado lo anterior y, pese a la diferente ubicación –una constitucional y otra legal– de las cláusulas, ambas posiblemente son piezas medulares para comprender el sustrato de la relación entre el sistema jurídico peruano y el SIDH. Consideramos esta posibilidad en virtud

²⁹Ídem.

³⁰ STC Exp. N° 00005-2003-AI/TC, fundamento jurídico 21.

³¹Ídem.

³²Cabe resaltar que el espíritu de esta ley es, según señala Quiroga, “[C]oncentrar e intentar sistematizar todos los instrumentos del control constitucional orgánico y de la defensa de los derechos fundamentales en el control de las libertades, en un solo texto, con una misma redacción y una misma técnica procesal constitucional”. Asimismo, especialmente relevante es el contenido del título preliminar, dado que “[...] sirve de fuente de orientación, guía y hoja de ruta” para la interpretación del resto de preceptos legales contenidos en el código. Son los principios contenidos en el título preliminar [y dentro de ellos, la «cláusula de interpretación conforme»] “el *punctum dolens*”, esto es, el punto sensible de referencia obligada para los intérpretes jurisdiccionales o no, de la Constitución”. (A. QUIROGA LEÓN, “El derecho procesal constitucional en el Perú y el código procesal constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, Sección de Previa, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006, pp. 95 y 381. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.1/pr/pr19.pdf>). Consultado el 05/08/2014.

³³ STC Exp. N° 0217-2002-HC/TC, fundamento jurídico 2; STC Exp. N° 218-2002-HC/TC, fundamento jurídico 2.

a que dichas cláusulas han sido interpretadas por el TC especialmente en la sentencia del caso Arturo Castillo Chirinos en el año 2006, a partir de la cual la línea jurisprudencial sentada por el TC fue seguida en posteriores pronunciamientos, como veremos más adelante. Luego, del adecuado análisis de dichas cláusulas es probable que podamos comprender no sólo la relación que vincula a ambos órdenes jurídicos sino además los parámetros adecuados para su aplicación.

En ese sentido, la incorporación del contenido dispositivo e interpretativo de la CADH y de la Corte IDH respectivamente, no significa a decir de Montoya Zamora, una imposición tajante de ese orden sobre los preceptos nacionales, sino que se trata de un proceso de armonización en el que se busca proveer de mejores condiciones la protección de los derechos³⁴. Si bien, sobre este delicado tema, volveremos más adelante, podemos adelantar algunas ideas que lo pongan en contexto.

De este modo, estimamos que las “mejores condiciones de protección” a que se hizo referencia, pueden ser un elemento que forme parte de la finalidad de las CIC, motivo por el cual estas cláusulas están dirigidas a todas las autoridades dentro del ámbito de sus competencias y en los asuntos que involucren derechos fundamentales. Asimismo, son de carácter obligatorio, lo que significa que no es posible disponer su aplicación de acuerdo al parecer de las autoridades, en otras palabras, no tienen carácter potestativo³⁵.

De igual manera, al no ser parte de la naturaleza de las CIC la imposición de un orden sobre el otro, se trasluce que lo que procuran es establecer una relación de concordancia entre los sistemas nacional e internacional de protección. Es decir, algo que parece mostrarnos estas cláusulas es que la conformidad con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH supone al mismo tiempo la búsqueda de una correspondencia con el propio ordenamiento

³⁴ Cfr. R. MONTROYA ZAMORA, “Las nuevas pautas interpretativas en materia de derechos humanos”, *Revista Quid Iuris*, Año 6, Vol. 17, 2012, p. 142. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/17/cnt/cnt6.pdf>. Consultado el 06/08/2014.

³⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 144-145; Cfr. L. HUERTA GUERRERO, “La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional en materia de derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*, Vol. 7, 2006, p. 175. El mismo autor refiere que la cláusula contenida en la CDFT constituye un límite a la labor de que desarrollan los intérpretes de la ley fundamental, por cuanto no pueden desconocer lo dispuesto en las normas internacionales.

interno y no su postergación³⁶. Esto, en última instancia, parte de que las CIC parecen sugerir, tal como lo entendió el profesor Montoya, que la disposición e interpretación adecuada será aquella que permita obtener las mejores condiciones para el ejercicio de los derechos fundamentales.

Por otro lado, la Constitución peruana que contiene una de las cláusulas, representa la norma no sólo política sino a su vez jurídica fundamental a partir de la cual se genera la unidad de todo el sistema jurídico que incluye a la norma que contiene la segunda cláusula. Luego, la incorporación de las CIC en el contenido normativo debe reiterar la unidad del orden jurídico nacional y promover su integración con el sistema de protección interamericano, dado que tienen una misma finalidad: la protección efectiva de los derechos humanos. De lo contrario, se tendría que considerar que existe la posibilidad de que convivan dos o tres órdenes jurídicos distintos y separados dentro del territorio nacional, lo cual no parece desprenderse de la naturaleza y finalidad de las cláusulas IC.

Por su parte Bidart Campos aprecia que estas cláusulas no son más que herramientas de conciliación de doble vía, que implican una interpretación de la Norma Suprema, conformada por una fuente nacional y otra fuente internacional sobre derechos humanos, para luego, desde la Norma Suprema, partir hacia una interpretación de las normas que se encuentren por debajo, en orden a determinar su conformidad con la *Lex Novarum*, lo que debiera implicar su conformidad con los tratados internacionales³⁷.

En similar sentido lo valora el profesor Caballero Ochoa, para quien las CIC son “normas puente” que no tienen como propósito completar los vacíos o deficiencias constitucionales con normas y jurisprudencia internacional de derechos humanos, sino que buscan articular e integrar estos contenidos normativos con los propios del sistema internacional³⁸. En consecuencia, lo que ocurre mediante estas cláusulas es que se aplica un

³⁶ Cfr. E. FERRER MAC GREGOR y otros (Coords.), *Derechos Humanos en la Constitución, Comentarios de Jurisprudencia constitucional e interamericana*, Tomo I, México, 2013, p. 6.

³⁷ Cfr. G. BIDART CAMPOS, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar-UNAM, México, 2003, p. 388.

³⁸ Cfr. J. CABALLERO OCHOA, “Comentario sobre el artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución (La cláusula de interpretación conforme al principio Pro persona)”, en E. FERRER MAC-GREGOR y otros (Coords.), *Derechos Humanos en la Constitución...*, cit., p. 52.

sistema de reenvíos normativos entre el ordenamiento nacional y el convencional, e incluso –como bien lo apreciaremos en el segundo capítulo– de la estructura de la CADH se desprenden contenidos mínimos de protección susceptibles de ser ampliados por los Estados.

A su vez, la inclusión de la jurisprudencia de la Corte IDH como parte del parámetro de interpretación del contenido de los derechos constitucionales, se debe a que sus pronunciamientos contienen el “desarrollo vivo”³⁹ de los derechos humanos. Por consiguiente, es obligatorio para los Estados atender a la prescripción de las CIC y tomar en consideración la doctrina jurisprudencial interamericana, lo cual no necesariamente parece abarcar su aplicación en todas las circunstancias⁴⁰. Esto en razón a que el trasfondo de recurrir a dicha doctrina es optimizar la protección de los derechos fundamentales, lo que excluiría una relación de sujeción absoluta del criterio nacional al interamericano.

De esto se desprende que la obligatoriedad de tomar en cuenta la jurisprudencia interamericana, busca comprender una visión más completa de los derechos esencialmente por la finalidad que se procura y no tanto por los emisores o destinatarios de las resoluciones internacionales⁴¹.

En ese sentido, los términos “de conformidad con” en los que se redactaron las cláusulas para establecer el puente constitucional-convencional, pueden entenderse mejor en su sentido material o sustancial, es decir, que exista una concomitancia entre el contenido de los derechos regulados por el ordenamiento nacional y por el orden convencional, así como correspondencia de criterios jurisprudenciales⁴².

En esa línea, a criterio del profesor Saiz Arnaiz la conformidad material que planteamos puede manifestarse como: (a) mera compatibilidad; o (b) conformidad en estricto sentido. En el primer caso, la conformidad como mera compatibilidad significa ausencia de contradicción, mientras que en el segundo caso significa plena identidad entre ambos órdenes

³⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 77.

⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 78.

⁴¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 80-81.

⁴² Cfr. A. SAIZ ARNAIZ, “La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española)”, en G. BANDEIRA GALINDO y otros (Coords.), *Protección multinivel de derechos humanos*, Manual, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2013, p. 47.

jurídicos y sólo se alcanzaría, en palabras del profesor español, “[...] siempre que el resultado de la interpretación llevara a otorgar a los derechos fundamentales un contenido «lógicamente deducible» de aquellos mismos textos internacionales”⁴³. O lo que es lo mismo, una conformidad en sentido fuerte.

Gradualmente, evidenciaremos que en el caso peruano, se trata de una conformidad como compatibilidad. Mientras tanto planteamos que la obligatoriedad que se predica de la observancia por parte de las autoridades nacionales de las CIC no conlleva irremediabilmente a que su contenido normativo sea igualmente obligatorio en todos los casos. Para ello debemos precisar que, en un sentido, el orden nacional esta compelido a acudir a las disposiciones y a la jurisprudencia internacional como parámetro interpretativo, en razón a que las cláusulas no son de libre disposición; pero en otro sentido, se trataría de una obligación que no impone a los tribunales peruanos utilizar exactamente los criterios empleados por la Corte IDH, en todos los casos. Luego, resultaría más adecuado a la naturaleza de las CIC entender los términos “de conformidad con”, como compatibilidad y no como plena identidad.

Ahora bien, para determinar con mayor claridad los alcances de las CIC en el sistema jurídico peruano, es importante que conozcamos y valoremos su aplicación por la jurisdicción constitucional.

C. APLICACIÓN DE LAS «CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN CONFORME» POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO EN LA SENTENCIA DEL CASO “ARTURO CASTILLO CHIRINOS”, STC EXP. N° 2730-2006-PA/TC

1. Justificación y utilidad del caso

En primer lugar, debemos destacar que el TC peruano por ser el “[...] guardián y órgano supremo de interpretación de la Constitución”⁴⁴ y en consecuencia, encargado de

⁴³Ibidem, p. 48.

⁴⁴ L. CASTILLO CÓRDOVA, *Los derechos constitucionales, Elementos para una teoría general*, 3ª ed., Palestra, Lima, 2007, p. 206.

“[...] declarar y establecer los contenidos de los valores, principios y normas consignados en el corpus constitucional”⁴⁵, tiene como deber esencial “[...] revertir una situación que resulte atentatoria contra la normatividad de la Constitución”⁴⁶ mediante una energía correctora⁴⁷. De ahí que se le considere como el “Comisionado Mayor del Poder Constituyente”⁴⁸. En ese sentido, y al ser la Constitución un conjunto de disposiciones formuladas según una estructura abierta e imprecisa que deben ser concretadas y determinadas⁴⁹, el TC es el llamado a interpretar las disposiciones constitucionales de modo vinculante.

En el ejercicio de esta función, el TC crea derecho, lo que es también conocido como normas constitucionales adscriptas a una disposición constitucional, de modo que sus sentencias llegan a configurarse como fuente de Derecho Constitucional⁵⁰. Desde luego, esta actividad creadora tiene límites⁵¹, pero está orientada a su vez por una necesidad de certeza, de unidad y de coherencia del ordenamiento jurídico⁵², en esa línea se le asigna un grado de vinculación⁵³ a la jurisprudencia constitucional.

El referido grado de vinculación varía de acuerdo a si estamos frente a un precedente vinculante o a doctrina constitucional. En este contexto, traemos a colación el proceso de recurso de agravio constitucional seguido por Arturo Castillo Chirinos en el año 2006 en

⁴⁵STC Exp. N° 1752-2002-AA/TC, fundamento jurídico 1.

⁴⁶ L. CASTILLO CÓRDOVA, *Los derechos constitucionales...*, cit., p. 207; Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, *El Tribunal Constitucional peruano y su dinámica jurisprudencial*, Palestra, Lima, 2008, p. 63.

⁴⁷ Esta energía correctora permitirá al Tribunal Constitucional controlar la constitucionalidad de la actividad normativa.

⁴⁸ A juicio de García de Enterría, esto significa que el TC peruano “[D]efiende la Constitución, es su verdadera ‘corporeización’ tanto para su garantía y protección como para su desarrollo y adaptación a lo largo del tiempo. Es, en este sentido, un verdadero Comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos”. (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, p. 198).

⁴⁹ Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, *El Tribunal Constitucional peruano...*, cit., p. 67.

⁵⁰ Cfr. STC Exp. N° 1333-2006-PA/TC, fundamento jurídico 11.

⁵¹ Estos límites los podemos entender como dos exigencias: La primera conformada por el marco constitucional dentro del cual se desenvuelve, esto es los principios y valores que subyacen explícita o implícitamente en la Constitución y por las reglas que asignan las funciones y competencias a los órganos constitucionales; y, la segunda referida a que las normas adscriptas que formula el Tribunal Constitucional deben ser racionales y suficientemente fundamentadas con base a los principios, reglas y valores constitucionales. (Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, *El Tribunal Constitucional peruano...*, cit., pp. 69-70).

⁵² Cfr. *Ibidem*, p. 97.

⁵³ El grado de vinculación puede variar entre una vinculación fuerte o absoluta y otra débil o relativa, Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, *El Tribunal Constitucional peruano...*, cit., p. 98.

contra de la Sala Mixta Vacacional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque que declaró improcedente la demanda de amparo presentada.

La sentencia del TC en este caso reviste una singular importancia, dado que en ella el máximo intérprete analiza y aplica las CIC aunque sin llamarlas así propiamente. Luego, del contenido de estas cláusulas determina el efecto vinculante de los fallos de la Corte IDH y enmarca dicha vinculatoriedad en la relación de coordinación entre ambos tribunales para la interpretación *Pro homine* de los derechos fundamentales.

Vale la pena mencionar que el TC si bien ha venido aplicando desde antes del caso Castillo Chirinos las CIC⁵⁴ recurriendo a la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, no había realizado hasta entonces una interpretación del contenido y efectos de dichas cláusulas. En ese sentido, en el § 12 de la referida sentencia llegó a afirmar:

“La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPCConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso.”

Es por esta razón que la sentencia del caso Castillo Chirinos no debe considerarse un pronunciamiento aislado y aunque no tenga el carácter de precedente vinculante⁵⁵, sí constituye un *leading case* cuyos criterios han sido empleados posteriormente por el mismo

⁵⁴ Ver STC Exp. N° 0217-2002-HC/TC, fundamento jurídico 2; STC Exp. N° 26-2004-AI/TC, fundamento jurídico 13; STC Exp. N° 2798-04-HC/TC, fundamento jurídico 8; STC Exp. N° 4677-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 11; STC Exp. N° 4587-2004-AA/TC, fundamento jurídico 44; STC Exp. N° 0174-2006-HC/TC, fundamento jurídico 22; STC Exp. N° 8817-2005-HC/TC, fundamento jurídico 22, STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC, fundamento jurídico 23; entre otras.

⁵⁵ El precedente vinculante se encuentra previsto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual señala: “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.” Además, el TC define a los precedentes vinculantes como “[A]quella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley”. (Cfr. STC N° 0024-2003-AI/TC, primera consideración previa). En el caso Arturo Castillo, el TC no expresó extremo alguno de la sentencia al cual le dé la calidad de precedente o regla general.

TC⁵⁶ para la resolución de otros casos. Ante esta situación, podríamos afirmar que se viene formando doctrina constitucional⁵⁷ que tiene al caso Castillo Chirinos como guía principal⁵⁸. Nótese al respecto que desde el año en que se dictó la sentencia existe una continuidad o uniformidad de criterio del TC⁵⁹, que reconoce una relación de coordinación con la jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales a través de la aplicación de las CIC.

De igual manera, consideramos que es importante notar que la sentencia del caso Castillo Chirinos fue dictada en el mismo año en que la Corte IDH explícitamente señaló que los tribunales internos deben ejercer una especie de “control de convencionalidad”⁶⁰ y que

⁵⁶Ver STC Exp. N° 00007-2007-PI/TC, fundamento jurídico 12-17 y 36; STC Exp. N° 03173-2008-PHC/TC, fundamentos jurídicos 47 y 48; STC Exp. N° 03891-2011-PA/TC, fundamento jurídico 55; entre otras.

⁵⁷ Al respecto, la doctrina constitucional puede ser deducida a partir del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que establece: “[L]os Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.” Aunque no se desprende directamente de la norma citada su vinculatoriedad, esta doctrina adquiere cierto efecto vinculante para los diversos intérpretes constitucionales porque “transmite una lectura dinámica de la Constitución”. Asimismo, existen pronunciamientos del TC que declara expresamente su vinculatoriedad (STC Exp. N° 03170-2010-PHC/TC, fundamento jurídico 2; STC Exp. N° 00252-2009-PA/TC, fundamento jurídico 21; STC Exp. N° 02748-2010-PHC/TC, fundamento jurídico 1 de la parte resolutive; STC Exp. N° 0004-2009-PA/TC, fundamento jurídico 3). Es, específicamente en el fundamento jurídico 15 de la STC Exp. N° 4853-2004-PA/TC en el que el TC define la doctrina constitucional, la misma que abarca: (a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; (b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad; y (c) las proscripciones interpretativas, esto es las “anulaciones” de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. (Cfr. E. FIGUEROA GUTARRA, *Derecho Constitucional*, Tomo I, San Marcos, Lima, 2012, p. 68).

⁵⁸ Este caso ha sido considerado por el profesor César Landa como una sentencia fundamental del TC y respecto de ella señala: “La cooperación entre los tribunales internos y los tribunales internacionales, no alude a una relación de jerarquización formalizada[...] sino a una *relación de cooperación en la interpretación pro homine de los derechos fundamentales*. No puede olvidarse que el artículo 29.b de la Convención, proscribe a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte, «limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados»”. (C. LANDA ARROYO, “Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional peruano”, en V. BAZÁN y C. NASH. (Eds.), *Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2010, p. 79).

⁵⁹ A criterio de Edwin Figueroa, el baremo de la continuidad de las decisiones constitucionales “[E]s, en rigor, un estándar óptimo para asegurar que una interpretación resulte constitucionalmente vinculante en la medida que el rango de frecuencia de una misma opción interpretativa, devenga en doctrina consolidada del órgano decisor.” (E. FIGUEROA GUTARRA, *Derecho Constitucional*, cit., p. 69).

⁶⁰ Sobre el control de convencionalidad habrá que detenerse para su mejor estudio en el siguiente capítulo.

esto incluye además del tratado las interpretaciones que esta Corte formule. Ello lo hizo en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en el §124 de la sentencia al señalar que:

“[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Posteriormente la Corte IDH, en la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el caso *Gelman vs Uruguay*, destacó el comportamiento de los Estados, los cuales en muchos casos “[...] se han referido al carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana o han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por ésta”⁶¹. Para ello, hace mención a sentencias de la Corte Suprema de la Nación de Argentina, al Tribunal Constitucional de Bolivia, a la Corte Constitucional de Colombia, a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, a la Corte de Justicia de México, a la Corte Suprema de Justicia de Panamá y al TC peruano precisamente en el caso que traemos a colación⁶².

En ese sentido, la Corte IDH concluye que “[...] en varios tribunales nacionales de la más alta jerarquía han entendido que la jurisprudencia internacional es fuente de derecho, si bien con distintos alcances, y han utilizado los obiter dicta y/o las ratio decidendi de dicha jurisprudencia para fundamentar o guiar sus decisiones e interpretaciones”⁶³. Para el tribunal de San José, “[...] sus sentencias producen el efecto de cosa juzgada y tienen carácter vinculante [...]”⁶⁴.

Con este panorama y expuestas las razones que justifican la importancia del caso *Castillo Chirinos*, pasaremos a dar cuenta brevemente del contenido de la sentencia del TC.

⁶¹Corte IDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, § 74.

⁶² Cfr. *Ibidem*, § 83 y 84.

⁶³ *Ibidem*, § 86.

⁶⁴ *Ibidem*, § 87.

1. Sentencia del Tribunal Constitucional peruano emitida el 21 de julio de 2006 en el caso “Arturo Castillo Chirinos”

En el mes de junio del año 2005, Arturo Castillo Chirinos interpuso demanda de Amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) con la finalidad de que se declare la nulidad de la Resolución N° 156-2005-JNE de fecha 6 de junio de 2005, emitida en el procedimiento N° J-0007-2005, mediante la cual se declaró su vacancia en el cargo de Alcalde del Concejo Provincial de Chiclayo. El recurrente justifica su acción en la vulneración de su derecho fundamental al debido procedimiento administrativo y a la debida motivación de las resoluciones así como una contravención a la proscripción de avocamiento a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional.

Ampara sus pretensiones en el hecho que la solicitud de vacancia en el cargo fue declarada improcedente mediante Acuerdo de Concejo N° 021-2005-GPCH/A, de fecha 3 de marzo de 2005; que dicho Acuerdo fue impugnado mediante recurso de apelación ante el JNE, sin que previamente se haya interpuesto recurso de reconsideración ante el propio Concejo, tal como lo exige el artículo 23° de la Ley N.º 27972 –Ley Orgánica de Municipalidades (LOM)–, motivo por el cual debió haber sido declarado improcedente, y que el JNE no se pronunció sobre este aspecto en la resolución que declaró su vacancia.

Asimismo, manifestó que el JNE lo vacó en el cargo por considerar que en su contra existía una sentencia judicial emitida en última instancia por delito doloso. Sin embargo, el recurrente sostuvo que al emitir la resolución cuestionada, el JNE tenía conocimiento de que en el momento de dictarse la sentencia condenatoria, se encontraba en trámite ante la Corte Suprema un incidente de recusación planteado contra el juez que la emitió, y que se había concedido el recurso de nulidad interpuesto contra ella. Por estas razones, consideró que el JNE se avocó indebidamente a una causa que aún se encontraba pendiente de ser resuelta ante el Poder Judicial, considerando firme una sentencia judicial que adolecía de dicha calidad.

Por su parte, el entonces alcalde del Concejo Provincial de Chiclayo, José Hildebrando Barreto Sánchez, en calidad de parte demandada sostuvo que no resultaba viable interponer un recurso de reconsideración contra el Acuerdo de Concejo N° 021-2005-GPCH/A sino sólo

uno de apelación ante el JNE, pues el recurso no se sustentaba en nueva prueba. Además, aseveró que es erróneo afirmar que la sentencia penal condenatoria dictada contra el recurrente haya devenido en nula, la Primera Sala Penal de la Corte Suprema se ha limitado a ordenar que se tramite el recurso de recusación interpuesto contra el Vocal que la emitió, y que, a fin de garantizar un debido proceso, el JNE solicitó información a la Corte Superior de Justicia de Lambayeque para que precise el estado del proceso penal seguido contra el recurrente, la cual fue proporcionada en tiempo oportuno y en la que se señalaba que se encontraba pendiente de resolver el recurso de recusación presentado por el recurrente.

Manifestó que el artículo 9° del Decreto Legislativo N° 124 establece que el recurso de nulidad es improcedente en los casos sujetos al proceso penal sumario y que, en todo caso, el artículo 293° del Código de Procedimientos Penales dispone que el recurso de nulidad no impide que se cumpla la sentencia expedida por el tribunal, motivo por el cual el JNE ha emitido la resolución cuestionada sobre la base a una sentencia penal que tiene calidad de firme y ejecutoriada. Finalmente, sostuvo que en el procedimiento de vacancia el recurrente ha ejercido plenamente su derecho de defensa y que el proceso ha culminado con una resolución debidamente motivada.

Culminado el proceso en primera instancia, el Cuarto Juzgado Civil de Lambayeque con fecha 17 de octubre de 2005, declaró fundada la demanda al determinar que el no haberse exigido la interposición de recurso de reconsideración contra el Acuerdo del Concejo antes de interponerse el respectivo recurso de apelación ante el JNE, vulneró el derecho fundamental al debido proceso. Asimismo, resolvió que el derecho fundamental del recurrente a la tutela jurisdiccional efectiva fue afectado, pues el JNE declaró su vacancia en el cargo de Alcalde cuando aún se encontraba en trámite el recurso de queja presentado ante la Corte Suprema, es decir, cuando aún no existía sentencia condenatoria en última instancia.

Posteriormente, elevados los autos a una instancia superior, la Sala Mixta Vacacional de la Corte Superior de Lambayeque, revocando la sentencia apelada, declaró improcedente la demanda, por considerar que habiendo entrado en vigencia la Ley N° 28642 el 8 de diciembre de 2005 que modifica el artículo 5° del Código Procesal Constitucional, existe un

“nuevo contexto procesal”, siendo improcedentes los procesos constitucionales contra resoluciones del JNE en materia electoral.

De esta manera, presentado el recurso de agravio constitucional ante el TC, la discusión giró, en un primer momento, en torno a la procedencia de las demandas interpuestas contra las resoluciones del JNE que vulneran los derechos fundamentales de la persona humana. Por ello, el máximo intérprete recurrió a otras sentencias en las que se estableció que ningún poder público que mediante acto u omisión se aparta del contenido normativo de los derechos fundamentales, se encuentra exento del control constitucional. Entre los fallos que el TC destaca se encuentran las STC Exp. N° 2366-2003-AA/TC y STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC. De esta última, el TC extrajo algunos fundamentos que respaldan que las resoluciones del JNE sean sometidas a un escrutinio de validez constitucional a través del proceso de amparo.

En el §5 de los fundamentos de la sentencia del caso Castillo Chirinos, el TC menciona que a partir de la dimensión jurídica de la norma suprema, surge la capacidad de exigir jurisdiccionalmente su cumplimiento. Por ese motivo, no es posible que actos emitidos por alguna entidad estatal escapen del control constitucional, en vista que la Constitución tendría en estos casos que cambiar su ropaje jurídico y asumir el rol de carta política referencial. Luego, el TC destaca la importancia de interpretar la Constitución como un todo plenamente armónico y coherente, buscando resolver toda aparente tensión entre sus disposiciones “optimizando” su contenido normativo en conjunto, teniendo presente que en última instancia, todo precepto constitucional se encuentra orientado a proteger los derechos fundamentales como manifestaciones de la dignidad humana (artículo 1° de la Constitución).

Reconocida la centralidad de la naturaleza humana y la protección de los derechos fundamentales, el TC utiliza los principios de interpretación constitucional para desentrañar el sentido de los artículos 142⁶⁵ y 181⁶⁶ de la Constitución y aclarar, principalmente, que

⁶⁵El artículo 142° de la Constitución señala: “No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral [...]”.

⁶⁶El artículo 181° de la Constitución señala: “El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno”.

cuando el JNE ejerce sus funciones en abierta contravención de los derechos fundamentales, ese asunto sale de la esfera electoral y corresponde otorgar al afectado la protección del derecho lesionado. Es por ello que no cabe una interpretación aislada de los mencionados dispositivos, sino que todas las disposiciones constitucionales cuyo contenido prescriptivo debe ser interpretado y completado por el máximo intérprete, deben estar orientadas a brindar la mejor protección a los derechos fundamentales.

De este modo, siguiendo el hilo argumentativo del TC, el colegiado se refiere en los § 9, 10 y 11 a las «cláusulas de interpretación conforme». Así, por mandato de la CDFT, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución se interpretan de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, sostiene el TC. Es decir, con esta disposición constitucional se busca el ingreso efectivo del contenido normativo de los tratados en el ordenamiento interno. Asimismo, menciona que en aplicación de la segunda cláusula, además del contenido de los tratados, la interpretación de la Corte IDH contenida en sus decisiones, desarrolla criterios a considerarse para la interpretación de los derechos fundamentales.

En consecuencia, a juicio del TC las sentencias de la Corte IDH tienen efectos vinculantes para todo poder público nacional, incluyendo para el presente tribunal. Agrega, en el §12, que esta vinculatoriedad se extiende a la fundamentación o *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte IDH, incluso cuando el Perú no haya sido parte procesal. En el §14, el TC establece que hay un deber adicional para los poderes públicos que consiste en la **obligatoria observancia** tanto de los tratados sobre derechos humanos como de la interpretación hecha por los tribunales internacionales (el resaltado es nuestro).

En ese orden de ideas, el TC, en un primer momento, destaca los “efectos vinculantes” de las sentencias de la Corte IDH, luego en el § 14, reemplaza estos términos por “obligatoria observancia”. En ese sentido, es posible pensar que tras profundizar el significado de la vinculatoriedad de los tratados y jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, el TC estimó que ésta es equiparable a una obligatoria observancia, la cual no necesariamente – dejando el TC abierta esta posibilidad de interpretación– nos remite a una obligatoria aplicación que sea exclusiva y excluyente de otras disposiciones y criterios jurisprudenciales

nacionales. Consideramos esta posibilidad atendiendo a que el TC no coloca como único y principal parámetro de interpretación a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH; al contrario, señala que se trata de una interpretación *Pro homine* de los derechos, por lo que no cierra la posibilidad de que esta interpretación favorable se encuentre al interior del propio sistema jurídico peruano.

Por consiguiente, advertimos que el criterio que postula el TC peruano, en relación a la vinculatoriedad de los fallos interamericanos, es de una “obligatoria observancia” u “obligatoria consideración”, y que así se desprende de la naturaleza de las CIC explicada líneas atrás⁶⁷. Además, notamos que este razonamiento no se contradice con el artículo 55° de la Constitución peruana, según el cual los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Esto porque si bien las disposiciones de la CADH son derecho inmediatamente aplicable al interior del Estado –como lo veremos más adelante– hay que reparar en que dicha aplicación dependerá en uno u otro caso de la mejor protección que brinde, sin que ello afecte su condición de derecho vigente.

Más adelante en el § 15, el TC pareciera confirmar nuestra interpretación porque hace mención a la “relación de cooperación” entre los tribunales nacionales e internacionales para la interpretación de los derechos, y un elemento determinante que añade y es con el que cierra el análisis de las cláusulas, es la trascendencia del *Pro homine* como pauta clave que marca la cooperación y dirige toda labor encaminada a desentrañar el contenido de los derechos. Sumado a ello, el TC parece haberse inclinado por la tesis de la coordinación⁶⁸ para explicar la relación entre el derecho interno y el derecho convencional, al mencionar en el mismo párrafo que no hay un vínculo de jerarquización formalizada entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos. El máximo intérprete también puntualizó que los tratados y jurisprudencia internacional son un punto de partida, un

⁶⁷ Al respecto, el TC en las sentencias de casos anteriores al fallo del asunto Castillo Chirinos, utiliza distintas expresiones para referirse a los efectos de los tratados y jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, tales como: “implícita adhesión” (STC Exp. N° 0217-2002-HC/TC, fundamento jurídico 2); “aplicación directa” (STC Exp. N° 2798-04-HC/TC, fundamento jurídico 8; Exp. N° 4677-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 11). Consideramos que dichas expresiones deben ser analizadas en el mismo sentido que lo hace el TC en el caso Castillo Chirinos y en última instancia de acuerdo a la naturaleza de las CIC sobre la cual venimos estudiando.

⁶⁸ Dicha tesis corresponde a una de las posturas que explica la relación entre el derecho interno y el derecho internacional, la cual desarrollaremos en el siguiente capítulo.

referente “mínimo indispensable”, en cuyo desarrollo se encuentra expedita la facultad de los Estados de ampliar su ámbito normativo, sea mediante garantías adicionales para la protección de los derechos en la realidad concreta o reconociendo nuevos derechos inspirados en la dignidad humana.

De esta manera, teniendo en cuenta que el TC al aplicar las CIC, especialmente en el caso Castillo Chirinos, determina que hay una obligación de observancia de los criterios interpretativos de la Corte IDH por parte de los poderes públicos nacionales y aclara que tal observancia no supone una relación de jerarquización; es probable entonces que exista un parámetro o criterio hermenéutico en base al cual se pueda explicar y cumplir la obligación de armonización y que a su vez, oriente la relación de coordinación que postulan las cláusulas IC y que el mismo TC ha reconocido tras su análisis.

2. Vinculatoriedad de las *rationes decidendi* de las sentencias de la Corte Interamericana

Para analizar específicamente este punto, nos remitimos nuevamente al §12 de la sentencia del caso Castillo Chirinos, en el cual el TC establece la vinculatoriedad de la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte IDH para los poderes públicos nacionales. Recordemos que la *ratio decidendi* de una sentencia ha sido denominada por el propio TC como la “razón suficiente”⁶⁹ o “hilo lógico del razonamiento de los jueces”⁷⁰, dado que “[...] expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable”⁷¹, que adopta en este caso la Corte IDH.

En otros términos, las *rationes decidendi* constituyen los criterios indispensables para resolver la controversia, son el “[...] fundamento directo de la decisión [...]”⁷². Ahora bien, esta regla o principio puede encontrarse expresamente señalada en la sentencia o puede ser

⁶⁹STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC, primera consideración previa.

⁷⁰STC Exp. N° 4119-2005-PA/TC, fundamento jurídico 12.

⁷¹ STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC, primera consideración previa.

⁷² Ídem.

inferida del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas⁷³.

De este modo, antes de precisar la trascendencia o valor vinculante de las razones suficientes en una sentencia, debemos señalar que también podemos encontrar los *obiter dicta* o “razones subsidiarias o accidentales”⁷⁴ en las sentencias. No obstante, nuestro estudio se centrará en esta parte solamente en las primeras, es decir, en las razones suficientes, por ser de éstas contenidas en la jurisprudencia del tribunal interamericano de donde el TC extrae efectos vinculantes. En ese sentido, los efectos de la *rationes decidendi* de las sentencias constitucionales, son susceptibles de aplicarse en el caso de las *rationes decidendi* de las sentencias interamericanas, si tomamos en cuenta que “[...] la vinculación y obligatoriedad de cumplimiento predicada del fallo se extiende también a lo que a él se encuentra vinculado de modo estrecho e imprescindible: la *ratio decidendi*”⁷⁵.

Por consiguiente, la vinculatoriedad a la que alude el TC, necesariamente incluiría a las razones suficientes que el tribunal interamericano esboce en sus sentencias para fundamentar sus decisiones y al parecer no habría novedad en su declaración de vinculatoriedad. Sin embargo, ¿cuáles podrían ser los alcances de la vinculatoriedad de las *rationes decidendi* de las sentencias de la Corte IDH? Para responder esta pregunta nos referiremos primero a si la vinculación de las *rationes decidendi* de las sentencias del TC es absoluta, sobre lo cual Castillo Córdova afirma que:

“Si se toma en consideración que el juez es juez de casos concretos, entonces, no se le podrá desconocer la capacidad de enjuiciamiento de las concretas circunstancias de

⁷³ Cfr. Ídem.

⁷⁴ Estas razones subsidiarias o accidentales, contienen, en palabras del TC “[R]eflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada [...] se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan”. Además, la finalidad de las razones subsidiarias es “[...] proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen”, es por ello que “[...] expone una visión más allá del caso específico; por ende, una óptica global acerca de las aristas de dicha materia”. (STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC, primera consideración previa).

⁷⁵ L. CASTILLO CÓRDOVA, *El Tribunal Constitucional peruano...*, cit., p. 101. Además, así se ha pronunciado el TC cuando señala que “Son las razones decisivas para el caso las que vinculan mas no las consideraciones tangenciales [...]” (STC Exp. N° 4119-2005-PA/TC, fundamento jurídico 12). Del mismo modo, cuando señala que el carácter vinculante de sus sentencias “[...]no sólo se extiende al *fallo*, sino a su *ratio decidendi*, es decir, a aquellas motivaciones y argumentos que le permiten concluir en la decisión final del proceso”. (STC Exp. N° 0012-2005-PI/TC, fundamento jurídico 4).

los casos que conoce a fin de que él decida si al caso le es o no aplicable el criterio jurisprudencial contenido en la *ratio decidendi* de la sentencia constitucional”⁷⁶.

Por lo tanto, si el juez en el caso concreto determina y justifica que no es aplicable el criterio jurisprudencial contenido en alguna *ratio decidendi* de una sentencia del TC, su apartamiento de tal criterio no se debe considerar como una transgresión a su carácter vinculante dado que, en primer lugar, el juez está ejerciendo su capacidad de discernir si las circunstancias del supuesto que examina son similares o diferentes al caso en el cual se dictó la *ratio decidendi* vinculante. En segundo lugar, porque esta capacidad no incluye o significa la posibilidad de modificar el criterio interpretativo vinculante, el cual se mantiene como tal⁷⁷ y deberá ser aplicado siempre que, según el criterio prudencial del juez al examinar el caso, sea lo más adecuado para la protección de los derechos. En ese sentido, sólo así podemos decir que la vinculación de la *ratio decidendi* es absoluta y el juez no podrá inaplicarla. Caso contrario, el juez deberá argumentar de modo suficiente las razones por las que no es aplicable la *ratio decidendi*, siempre atendiendo a las características del caso⁷⁸.

A nuestro juicio, a lo que se refiere Castillo Córdova es al clásico concepto de la equidad. En ese sentido, aplicando el criterio del Aquinate, así como las leyes son dispuestas para la generalidad de los casos en atención a que no es posible preverse todas las circunstancias, de igual manera, los jueces no pueden atender o prever todos los supuestos de hecho o casos que se les presenten diariamente y formulan sus postulados o *rationes decidendi* de acuerdo con lo que acontece en el caso particular que resuelven y mirando a lo que es mejor para la utilidad común. Luego habrá casos en los que por sus características no se deberá aplicar el criterio interpretativo que esbozó el juez en otro caso, porque de lo contrario su aplicación podría ser nociva e injusta para la situación concreta⁷⁹.

Ahora bien, es posible aplicar el mismo razonamiento en el caso de la vinculación de las *rationes decidendi* de las sentencias de la Corte IDH, para lo cual tomaremos el párrafo en el que explícitamente el TC sostiene que hay una “obligación de observancia”⁸⁰. Luego si

⁷⁶L. CASTILLO CÓRDOVA, *El Tribunal Constitucional peruano...*, cit., p. 102.

⁷⁷Cfr. Ídem.

⁷⁸Ídem.

⁷⁹Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2013, Parte I-II, q.96, a. 6.

⁸⁰Cfr. STC Exp. N° 2730-2006-PA/TC, fundamento jurídico14.

esta obligación de observar las *rationes decidendi* de los fallos de la Corte no excluye el que no se pueda atender anticipadamente a todos los supuestos que se presentarán en el futuro, y se mantiene el riesgo de que se produzca en el caso concreto en que se aplican un efecto nocivo contrario al fin que se espera, entonces esta obligación de observancia no significa una obligatoria aplicación, que culminaría finalmente en un irrazonable uso de los criterios jurisprudenciales del tribunal interamericano, más aún si no se determina equitativamente que aquel criterio es el más favorable a la protección de los derechos de la persona, como resaltó finalmente el TC peruano.

Por otro lado, conviene también esclarecer si la interpretación que hace el TC en el caso Castillo Chirinos sobre la vinculación a la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte IDH, es una razón suficiente dentro de la sentencia o una razón accesorio. En vista a que no hay un pronunciamiento expreso del TC en el fallo, lo que podemos hacer es “[...] verificar la intensidad de la relación entre las razones a ser calificadas de necesarias o accesorias con la decisión contenida en el fallo de la sentencia constitucional”⁸¹.

En atención a lo anterior, no encontramos evidencia de que el extremo de la sentencia referido a los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte IDH haya sido considerado como un criterio necesario para arribar a la resolución del caso Castillo Chirinos. Por el contrario, este extremo de la sentencia parece ser un criterio accidental y prescindible dado que no justifica el sentido del fallo⁸². En consecuencia, podemos calificarlo como un *obiter dictum* o razón subsidiaria.

Sin embargo, la sentencia una vez emitida por el TC adquiere independencia y autonomía respecto de su emisor, por lo que será interpretada y aplicada por otros operadores jurídicos en casos posteriores a aquel que la originó⁸³. En otras palabras, es posible que la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH calificada como *obiter dictum* en el caso

⁸¹ Luego agrega Castillo Córdova que “Si la relación es necesaria, de modo que el fallo hubiese tenido otro contenido y sentido si faltase esa razón o fundamento, entonces la razón es una razón suficiente o *ratio decidendi*”. (L. CASTILLO CÓRDOVA, *El Tribunal Constitucional peruano...*, cit., p. 111).

⁸² Esto en razón a que el TC luego de señalar los efectos vinculantes de la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte IDH, procede a partir del fundamento jurídico 16 y ss. a argumentar basándose únicamente en la interpretación de los preceptos nacionales para arribar finalmente a un fallo, sin recurrir a la CADH o a la fundamentación de la Corte IDH en alguna de sus sentencias.

⁸³ Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, *El Tribunal Constitucional peruano...*, cit., p. 109.

Castillo Chirinos, sea luego considerada como una *ratio decidendi* –por otro operador jurídico sea del Poder Judicial o el mismo TC– en la sentencia de un caso posterior. Por esta razón, nos referiremos a la acción de inconstitucionalidad planteada contra el artículo único de la Ley N° 28642 en el Exp. N° 0007-2007-PI/TC, ley cuya aplicabilidad fue materia controvertida en el caso Castillo Chirinos, declarando finalmente el colegiado que no era aplicable.

En esa línea, en el fundamento 36 del caso de acción de inconstitucionalidad, el TC reconoce que: “[...] **no le queda más que ratificar su reiterada doctrina**, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”. (El resaltado es nuestro)

Seguidamente, utiliza este criterio para resolver que el artículo único de la Ley N° 28642 es inconstitucional, en razón a que: (a) Vulnera el derecho de acceso a la justicia como manifestación del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139.3° de la Constitución⁸⁴; y (b) resulta incompatible con los artículos 8.1° y 25° de la CADH.Y, por extensión, también resulta incompatible con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos⁸⁵.

En ese sentido, como afirma Bernal Pulido “La *ratio decidendi* será aquella que los jueces posteriores reconozcan en una sentencia anterior y aplique para un caso presente”⁸⁶. De esta manera, se demuestra que en el segundo caso de acción de inconstitucionalidad, el

⁸⁴STC Exp. N° 0007-2007-PI/TC, fundamento jurídico 38.

⁸⁵ Ver STC Exp. N° 0007-2007-PI/TC, fundamento jurídico 40. Así, más adelante el TC recuerda el criterio de la Corte IDH cuando señala que todo órgano supremo electoral, “[...] debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación”, ha establecido que “dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral. (Cfr. Corte IDH, caso Yatama vs Nicaragua. Etapa de fondo, Sentencia del 23 de junio de 2005, §175).

⁸⁶De este modo, agrega Bernal “[...] sólo con base en un análisis ulterior de los hechos, pretensiones, disposiciones constitucionales relevantes y los criterios determinantes de la decisión puede el juez posterior determinar cuál fue la *ratio decidendi* de un caso anterior y, de esta manera, aplicarla al caso actual”. (C. BERNAL PULIDO, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 179).

extremo que reconoce la vinculatoriedad de las *rationes decidendi* de los fallos de la Corte IDH es una *ratio decidendi* de la sentencia del TC, sin que ello desvirtúe que en el caso Castillo Chirinos no fue más que un *obiter dictum*.

Por lo expuesto, es posible que se cuestione que escojamos como *leading case* de la doctrina constitucional al caso Castillo Chirinos cuando éste declara la vinculatoriedad de las *rationes decidendi* de las sentencias de la Corte IDH en un *obiter dictum* cuyo carácter es meramente orientativo. Sin embargo, existen las siguientes razones:

- (a) El criterio que establece los efectos vinculantes de las *rationes decidendi* de las sentencias de la Corte IDH, ya constituye en el sistema jurídico peruano una razón suficiente⁸⁷ para los operadores jurídicos y aunque así se haya determinado a partir del fallo en la acción de inconstitucionalidad, el propósito de este apartado es conocer y valorar la posición del TC respecto de la aplicación de las cláusulas IC y la relación con las normas y la jurisprudencia convencionales, por lo que debemos acudir a la explicación de la tesis del TC que esté dotada de la mayor cantidad de elementos que nos permitan un análisis más completo.
- (b) No en vano el mismo TC al utilizar el *obiter dictum* del caso Castillo Chirinos en el ulterior caso, comienza su discurso diciendo que “no le queda más que ratificar su reiterada doctrina”; es decir, el propio Comisionado Mayor reconoce que aquella doctrina tiene antecedentes y, por lo tanto, corresponde dirigirnos al escenario que marca los inicios de esta doctrina constitucional que establece los efectos vinculantes de las *rationes decidendi* de las sentencias del tribunal de San José.
- (c) Además, adquirida la condición de razón suficiente, la cual no se puede revertir por su carácter absoluto, es probable que se continúe aplicando en futuras situaciones,

⁸⁷ Si bien se ha declarado que la *ratio decidendi* de una sentencia constitucional tiene fuerza vinculante al margen de no ser declarada como precedente vinculante, eso no significa que no hayan diferencias con aquella razón suficiente declarada como precedente vinculante. Esto, porque –siguiendo al profesor Castillo Córdova– si bien el juez está llamado a determinar cuáles son las razones suficientes y cuáles las subsidiarias de una sentencia, ante un precedente vinculante, el efecto es que no podrá dejar de considerar como razón suficiente a aquella que el TC haya declarado como precedente vinculante, dado que ésta se ha convertido en una “[...] regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos, consecuencia no necesaria en las razones suficientes no declaradas como precedentes vinculantes en una sentencia constitucional”. (L. CASTILLO CÓRDOVA, *El Tribunal Constitucional peruano...*, cit., p. 129). En cambio, en el caso de la razón suficiente de la sentencia del caso de acción de inconstitucionalidad, no se aplican las características antes señaladas del precedente vinculante.

como de hecho ha ocurrido⁸⁸. Ello hace más urgente el análisis del pronunciamiento del TC en el que explica de forma más amplia el referido efecto vinculante.

- (d) En la línea de lo anterior, hemos escogido analizar el caso Castillo Chirinos porque el *obiter dictum* por su propia naturaleza resulta ser más explicativo y orientativo para su aplicación en otros casos⁸⁹. De esta manera, si comprendemos con mayor certeza lo que estableció el TC en el caso Castillo Chirinos en relación a las CIC, esto puede favorecer a que en el futuro se planteen adecuadas interpretaciones y aplicaciones del contenido de estas cláusulas⁹⁰.

En resumen, consideramos que existen dos puntos esenciales:

- a) El extremo que declara la vinculatoriedad de la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte IDH es un *obiter dictum* en el fallo del caso Castillo Chirinos, pero fue considerado como una *ratio decidendi* en un caso posterior, por lo tanto este criterio adquirió tal calidad y vinculatoriedad. En consecuencia, el operador jurídico no puede modificarlo pero sí debe verificar en posteriores casos si de acuerdo a las circunstancias concretas es aplicable o no la *ratio decidendi* que establece la mencionada vinculatoriedad, aplicando un juicio de equidad.
- b) La vinculación a las *rationes decidendi* de los fallos del tribunal de San José, de acuerdo a lo señalado por el TC, posiblemente signifique que los jueces nacionales deban considerar y valorar los criterios jurisprudenciales de la Corte, mas no que procedan a aplicarlos de forma exclusiva y excluyente; ello considerando que su vinculación está enmarcada en una relación de coordinación entre los tribunales.

⁸⁸Además del caso de acción de inconstitucionalidad, existen otros en los que el TC utilizó el *obiter dictum* del caso Castillo Chirinos como es la STC N° 1412-2007-PA/TC, fundamento jurídico 19. Incluso en este caso el TC aplica el extremo en el que se declaró que no hay una relación de jerarquización sino una relación de cooperación en la interpretación *Pro homine* de los derechos, en el caso Castillo Chirinos. El caso más reciente es la sentencia N° 150-2014, emitida el 12 de agosto de 2014 por el Juzgado Civil de la Provincia de San Martín, Exp. N° 303-2012-O- 2208-JR-CI-01, fundamento 2.2.

⁸⁹El TC ha dicho que el *obiter dictum* “[...] establece un criterio pro persuasivo o admonitorio sobre posibles determinaciones futuras en relación a dicha materia”. En otras palabras, el *obiter dictum* “[...] permite a los operadores jurisdiccionales y a los justiciables 'predecir' o 'pronosticar' la futura manera de resolver aquella cuestión hipotética conexa al caso en donde aparece manifestada”. (STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC, primera consideración previa).

⁹⁰A diferencia de lo que podríamos obtener recurriendo solamente a la *ratio decidendi*, la cual por su naturaleza más específica está directamente relacionada con los aspectos sustanciales del caso y es la base del fallo, por lo que no puede brindarnos una visión en conjunto del significado de los efectos vinculantes de las *rationes decidendi* de los fallos de la Corte IDH.

Además, al igual que en el caso anterior, le corresponde al juez discernir con prudencia si debe o no aplicar aquellas razones suficientes, sin que ello implique su modificación.

3. Significado del término “coordinación”

Hemos visto previamente que los términos “de conformidad con” contenidos en las CIC, han sido asimilados por el TC como “efectos vinculantes” de la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte IDH, después como “obligatoria observancia” y finalmente, el intérprete constitucional ha enmarcado esta obligatoria observancia en una relación de coordinación.

En los párrafos anteriores hemos explicado los posibles significados de los términos “conformidad”, “observancia obligatoria” y “vinculatoriedad”. Ahora corresponde que nos aboquemos al significado del término “coordinación”. Este vocablo no es propiamente un término jurídico⁹¹, por lo que debemos recurrir a su significado ordinario. En ese sentido, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua⁹² define coordinación como la “acción y efecto de coordinar” y como la “relación gramatical que existe entre palabras o grupos sintácticos del mismo nivel jerárquico, de forma que ninguno de ellos esté subordinado al otro”. También define la palabra coordinar como “concertar medios, esfuerzos, etc., para una acción común”.

De este manera, si aplicamos estos alcances a la tesis de la coordinación que adopta el TC entonces existe una relación entre el derecho nacional y el convencional en la que ninguno está subordinado al otro, por el contrario, ambos órdenes normativos actúan conjuntamente y conciertan medios en aras de alcanzar una finalidad común. A su vez, es importante destacar que, tal como lo reconoció el TC peruano, el sistema jurídico nacional establece una relación de coordinación con los tratados y jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, a través de la aplicación de las CIC. En ese sentido, el mandato de conformidad

⁹¹ Por ejemplo, ni el Diccionario legal de la RAE, ni el diccionario jurídico digital del Poder Judicial peruano definen el término “coordinación”.

⁹² En Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

material, esto es, como mera compatibilidad, que contienen las CIC se corresponde con el significado de la relación de coordinación.

Por consiguiente, será posible armonizar el derecho nacional con la CADH y con la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH, en la medida que ambos órdenes de protección se aproximen y trabajen de manera coordinada, sin anteponerse uno al otro y sin generar oposiciones que deriven en una relación de subordinación, lo cual no se desprende de la naturaleza de las CIC y es rechazado expresamente por el TC.

A partir de lo expuesto hemos podido colegir importantes alcances del contenido y finalidad de las CIC, ello a partir del análisis realizado por el TC en el *leading case* Castillo Chirinos, el mismo que marcó la conformación progresiva de una doctrina constitucional referida a la aplicación de las cláusulas y la relación con el DIDH.

D. ANÁLISIS DE LAS «CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN CONFORME» A PARTIR DE LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Señalamos previamente que la Constitución, que contiene la primera CIC, es la norma jurídica fundamental que ilumina al resto de disposiciones del ordenamiento jurídico peruano⁹³, dentro de ellas el artículo V del Título preliminar del CPC que contiene la segunda cláusula⁹⁴.

Corresponde en este apartado puntualizar las consideraciones teóricas a partir de las cuales afirmamos lo anterior para luego aplicar los principios de interpretación constitucional al análisis de las cláusulas.

⁹³ La Constitución peruana da validez y coherencia a todo el orden jurídico, es la encargada de organizar cada uno de los componentes de ese orden con la finalidad de que se interpreten y apliquen de una manera armónica y funcional, acorde a los principios fundamentales que busca proteger. (Cfr. M. GÓMEZ PÉREZ, “La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional”, en E. FERRER MAC-GREGOR (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II, 3ª ed., Porrúa, México, 2002, p. 1189).

⁹⁴ Además, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: “[...]los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

1. La Constitución como norma jurídica y criterio de validez material y formal del conjunto de disposiciones que integran el ordenamiento jurídico peruano

A partir de la doble naturaleza de la Carta Magna, como norma política y jurídica vinculante⁹⁵, resalta su doble carácter de norma fundamental y fundadora, “[...] tanto en su proyección sobre el sistema jurídico, como en su ligazón esencial con el sistema político”⁹⁶. La Constitución es la norma fundamental porque proviene de la voluntad del Poder Constituyente y se convierte en la norma suprema del Estado. Luego, si la Constitución, en palabras del TC:

“[E]xpresa la autorrepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el status de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema”⁹⁷.

Asimismo, la Constitución es norma fundadora porque al contener las normas básicas a partir de las cuales se estructura el sistema jurídico, actúa como parámetro de validez del resto de normas⁹⁸. De este modo, se considera a la Constitución como la fuente de fuentes del ordenamiento⁹⁹, tanto fuente formal como fuente material.

De esta manera, la Constitución es fuente formal porque: (a) Crea y constituye a los órganos o poderes públicos; (b) confiere poderes normativos a los referidos poderes públicos; y (c) determina los procedimientos para la elaboración de normas, otorgándoles a éstas un valor específico. Así lo ha dicho el TC, “[La Constitución] disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal [...]”¹⁰⁰.

⁹⁵Cfr. STC Exp. N° 00014-2003-AI/TC, fundamento jurídico 2 y STC Exp. N° 0020 y 0021-2005-PI/TC (acumulados), fundamento jurídico 19.

⁹⁶ G. ETO CRUZ, *El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano*, Porrúa, México, 2012, p. 63.

⁹⁷STC Exp. N° 0014-2003-AI/TC, fundamento jurídico 2, párrafo 3.

⁹⁸ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, Tomo II, Tecnos, Madrid, 1992, p. 28.

⁹⁹ Cfr. G. ETO CRUZ, *El desarrollo del derecho procesal constitucional...*, cit., p. 65.

¹⁰⁰ STC Exp. N° 00047-2004-AI/TC, fundamento jurídico 9.

Además, es fuente material porque el contenido constitucional¹⁰¹ impone y limita el contenido normativo del resto de disposiciones, de ahí que la validez de las últimas dependerá de su correspondencia con la Constitución. De este modo se manifiesta su prevalencia y fuerza expansiva en todo el ordenamiento jurídico. Y a partir de esto surge el principio de supremacía constitucional y el principio político de la soberanía popular y el Tribunal Constitucional¹⁰².

2. La interpretación constitucional que incluye una interpretación de las «cláusulas de interpretación conforme» desde la Constitución

Como norma jurídica, la Constitución necesita ser interpretada y se ha delegado al juez constitucional la competencia para interpretarla de modo vinculante. Ahora bien, el mismo TC ha manifestado que no se puede interpretar la Constitución de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización¹⁰³, de manera tal que los derechos fundamentales reconocidos por ella sean auténticas manifestaciones de la dignidad humana¹⁰⁴. En ese sentido, no podemos aplicar los mismos criterios o principios interpretativos que en el caso de una ley. Esto porque de la estructura de la Constitución se demuestra que nos encontramos frente a un ordenamiento marco. Por consiguiente, las tradicionales reglas de interpretación de la ley, son insuficientes para la interpretación constitucional¹⁰⁵.

Para el profesor Landa, la Constitución “[...] contiene normas jurídicas de distinto grado de calidad: desde reglas, mandatos y disposiciones obligatorias, hasta enunciados programáticos, normas incompletas o de aplicación diferida; además que incorpora normas políticas directrices, orientadoras, organizativas, procesales y sancionadoras”¹⁰⁶. En ese sentido, el intérprete deberá partir de su texto e incorporar los “[...] elementos de la vida

¹⁰¹ Que reconoce los derechos fundamentales que emanan o son expresión concreta de la dignidad humana y establece las reglas de convivencia social y política.

¹⁰² STC Exp. N° 050-2004-AI/TC, fundamento jurídico 1.

¹⁰³ Cfr. C. LANDA ARROYO, “Teorías de la interpretación constitucional”, en E. FERRER MAC-GREGOR (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, 3ª ed., Porrúa, México, 2002, p. 2813.

¹⁰⁴ Cfr. STC Exp. N° 00030-2005-PI/TC, fundamentos jurídicos 40 y 41.

¹⁰⁵ Cfr. C. LANDA ARROYO, “Teorías de la interpretación constitucional”, cit., pp. 2806-2807.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 2808.

cultural, social y anímica del momento en que la sociedad, a través del proceso, solicita la “ejecución” de determinada cláusula constitucional”¹⁰⁷.

Sin embargo, es importante mencionar que interpretar las disposiciones constitucionales y las demás que conforman el ordenamiento –dentro de ellas las CIC– y, hacerlo desde la Constitución¹⁰⁸, no significa mutar¹⁰⁹ el contenido y significado propiamente normativo, sino aplicar un “[...] procedimiento racional y controlable, que procura certeza y previsibilidad jurídica en las normas [...]”¹¹⁰. Afirmar el profesor Néstor Pedro Sagüés que la interpretación mutativa es “[...] aquella que sin tocar el texto formal de la constitución, le asigna un contenido normativo diferente. El texto pasa a ser así una especie de estuche o cáscara, en tanto que la esencia de la disposición constitucional [...] cambia según el intérprete”¹¹¹.

En lo que concierne a la mutación constitucional, debemos precisar que ante la ausencia de límites para su práctica, el mayor riesgo que se corre con su indebida aplicación, es que se genere un cambio sustancial en la proyección de los principios constitucionales¹¹², lo que se denomina núcleo constitucional¹¹³, aquella parte de la Carta Magna que escapa incluso a su propia reforma por la vía establecida¹¹⁴.

El TC peruano por su parte, al referirse a las mutaciones constitucionales ha señalado que “[E]l que se asuma que el poder de reforma constitucional tiene connotaciones formales, no significa que este Colegiado excluya la legitimidad de aquellas reformas a las que la

¹⁰⁷STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC, fundamento jurídico 21.

¹⁰⁸ Al respecto, debemos tomar en cuenta que “La interpretación conforme a la Constitución de toda y cualquier norma del ordenamiento tiene una correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales”. (F. FERNÁNDEZ SEGADO, “Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución”, en E. FERRER MAC-GREGOR (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, 3ª ed., Porrúa, México, 2002, p. 2731).

¹⁰⁹ La mutación, en palabras de Eto Cruz, se produce cuando se han modificado los fundamentos mismos del sistema. (Cfr. G. ETO CRUZ, *El desarrollo del derecho procesal constitucional...*, cit., p. 222).

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹N. SAGÜÉS, *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 167.

¹¹² Cfr. E. URIBE ARZATE y otro, “Mutaciones constitucionales y la problemática de su control en el Estado Constitucional”, *Revista de Derecho. Universidad del Norte*, N° 38, 2012, p. 200. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85124997007>. Consultado el 30/07/2014.

¹¹³Cfr. Ídem.

¹¹⁴Cfr. Ídem.

doctrina califica de informales o de auténticas "mutaciones constitucionales"¹¹⁵. Más adelante agrega "Sin embargo, si se admite su procedencia, ello no significa que aquéllas puedan operar sin ningún referente mínimamente objetivo. Se trata, en tales casos, de distinguir entre mutación (reforma informal legítima) y desvirtuación (manipulación fraudulenta) del texto constitucional"¹¹⁶. El problema se presenta entonces cuando a través de la mutación se hace decir a la Constitución, lo contrario de lo que realmente dice y se lesionan valores fundamentales protegidos por ella.

Finalmente, como lo precisó Bidart Campos, el juez constitucional "[...] ha de cuidar con pulcritud de sus límites de 'aplicación', y no incurrir en creaciones 'ex novo' que se desliguen del marco objetivado de la Constitución [...]"¹¹⁷. Ello exige que la interpretación que realice el juez constitucional no lo convierta en un reemplazante de los otros órganos y que desplace hacia sí las competencias de éstos¹¹⁸.

Ahora bien, dada la estructura de las disposiciones constitucionales¹¹⁹, es necesario que cuando analicemos las CIC, tomemos en cuenta que la Constitución está conformada por una pluralidad de disposiciones interrelacionadas unas con otras con un sentido armónico y sistemático¹²⁰ que propenden a una finalidad común¹²¹. Es justamente esta finalidad la que sostiene e impulsa a todo el ordenamiento. En ese sentido y, en aplicación del principio de unidad de la Constitución, las cláusulas IC no pueden ser vistas y aplicadas en forma

¹¹⁵STC Exp. N° 014-2002-AI/TC, fundamento jurídico 70.

¹¹⁶Ídem.

¹¹⁷ G. BIDART CAMPOS, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Argentina, 1987, p. 230.

¹¹⁸Cfr. Ídem.

¹¹⁹ Según Raúl Canosa Usera, "[...] la característica principal es su elasticidad, en otras palabras, su valor en cierto modo polisémico, porque son muchos los significados que pueden obtenerse de las disposiciones constitucionales, por lo que no habría que considerar aquellos que desborden los límites fijados por el máximo intérprete". (R. CANOSA USERA, "Interpretación constitucional y voluntad democrática", en E. FERRER MAC-GREGOR (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, 3ª ed., Porrúa, México, 2002, p. 2610).

¹²⁰ STC Exp. N° 5854-2005-AA/TC, fundamento jurídico 12.a. En otro caso el TC señala que "Desde esta perspectiva, el operador jurisdiccional, al interpretar cada una de sus cláusulas, no ha de entenderlas como si [...] fueran compartimentos estancos o aislados, sino cuidando de que se preserve la unidad de conjunto y de sentido, cuyo núcleo básico lo constituyen las decisiones políticas fundamentales expresadas por el Poder Constituyente. Por ello, ha de evitarse una interpretación de la Constitución que genere superposición de normas, normas contradictorias y redundantes". (STC Exp. N° 0005-2003-AI/TC, fundamento jurídico 23; Cfr. STC Exp. N° 5156-2006-PA/TC, fundamento jurídico 18).

¹²¹Sintetizada en el artículo 1° de la Carta Magna.

aislada¹²², esto es, exclusivamente a partir de sí mismas¹²³. Una interpretación en este sentido podría alterar el equilibrio del orden jurídico.

Además, en aplicación de este principio se manifiesta que la finalidad que sostiene a todo el ordenamiento respalda a su vez a las CIC, razón por la cual no podrá considerarse válida cualquier interpretación de estas cláusulas que desvirtúe el fin al que tiende todo el orden jurídico. De esta manera, la lógica hermenéutica unívoca que une a todas las disposiciones constitucionales considera a la persona como el *prius* ético y lógico del Estado social y democrático de derecho¹²⁴.

Asimismo, si no existen disposiciones constitucionales solitarias¹²⁵ y cada cláusula constitucional complementa al resto de preceptos encontrando a la vez en ellos su propia explicación, entonces éstos deben ser interpretados salvando toda aparente tensión, buscando que ninguno de los valores, derechos o principios constitucionales se sacrifique¹²⁶. En esa línea, deberá existir una concordancia práctica entre la «interpretación de conformidad» que vincula a los dos estamentos de protección de derechos humanos con el resto de disposiciones constitucionales. Por lo tanto, no es válida la aplicación de las cláusulas IC que demande el sacrificio de alguno de los mencionados derechos, principios y valores constitucionales¹²⁷.

¹²² Necesitan ser examinadas dentro del contexto de la Norma Suprema, junto con las demás normas y principios que las acompañan y se interrelacionan entre sí. (Cfr. M. RUBIO CORREA, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2006, pp. 70-71).

¹²³ F. FERNÁNDEZ SEGADO, “Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución”, cit., p. 2724.

¹²⁴ Cfr. M. RUBIO CORREA, *La interpretación de la Constitución...*, cit., p. 79.

¹²⁵ Cfr. N. SAGÜÉS, *Derecho procesal constitucional*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 86-87.

¹²⁶ Cfr. C. LANDA ARROYO, “Teorías de la interpretación constitucional”, cit., p. 2815.

¹²⁷ Ver: STC Exp. N° 4677-2004-AA/TC, fundamento jurídico 25 y STC Exp. N° 5156-2006-PA/TC, fundamento jurídico 19. De esta manera, con una interpretación integrada de las CIC, se propende a una relación armónica y ordenada de las normas entre sí (coherencia normativa), de manera que exista entre ellas una relación de compatibilidad que excluya cualquier posibilidad de contradicción permanente. (Cfr. G. ETO CRUZ, *El desarrollo del derecho procesal constitucional...*, cit., p. 69). Sobre el tema, señala Prado Herrera que “[...] la labor del intérprete debe ser la de armonizar las fuentes que componen el sistema de libertades y derechos, es decir, la fuente de derecho constitucional y la fuente de derecho internacional sobre derechos humanos, a lo que se debe añadir la fuente jurisprudencial de tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”. (J. PRADO HERRERA, “La interpretación de los derechos y libertades constitucionales...”, cit., p. 201).

A su vez, al examinarse las cláusulas no es posible desvirtuar las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales¹²⁸. Luego, el TC peruano, por el principio de corrección funcional, no puede atribuir a las CIC un significado contrario a los principios y valores básicos constitucionales, que sobrepase su condición de poder constituido y las facultades que le han sido otorgadas. Asimismo, no es posible por algún otro medio dotarse a estas cláusulas de un sentido que perjudique o invada la esfera de acción del TC dentro del orden jurídico interno¹²⁹.

Por otro lado, es una exigencia de la Constitución para todos los operadores jurídicos que en toda interpretación de las cláusulas se pondere adecuadamente los efectos jurídicos susceptibles de producirse con su aplicación, dando prioridad siempre a la primacía y estabilidad de la Constitución¹³⁰. Sumado a ello, se debe otorgar preferencia a planteamientos que ayuden a obtener la máxima eficacia de las disposiciones constitucionales¹³¹.

Finalmente, el TC peruano ha resaltado en distintos casos y principalmente en el caso Castillo Chirinos, la necesidad de aplicar el *Pro homine* en la interpretación de la Constitución. Específicamente, el TC utilizó este criterio hermenéutico para explicar la vinculatoriedad a la CADH y a la *ratio decidendi* de los fallos de la Corte IDH así como la relación de coordinación requerida para la interpretación de conformidad, acentuando la

¹²⁸ Cfr. C. HAKANSSON NIETO, “Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación”, *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, Año 23, Núm. 18, 2009, p. 65. Disponible en: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1543/1865>. Consultado el 31/07/2014. También Cfr. STC Exp. N° 5156-2006-AA/TC, fundamentos jurídicos 17 a 21.

¹²⁹ Cfr. C. HAKANSSON NIETO, “Los principios de interpretación...”, cit., p. 65.

¹³⁰ STC Exp. N° 5156-2006-PA/TC, fundamento jurídico 21. Cfr. C. HAKANSSON NIETO, “Los principios de interpretación...”, cit., p. 66. Se trata del principio de función integradora y previsión de las consecuencias jurídicas en el tiempo.

¹³¹ Ver C. LANDA ARROYO, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Palestra, Lima, 2004, p. 239. Esto se encuentra relacionado con el principio de fuerza normativa de la Constitución; y, siguiendo al profesor Hakansson, si bien no hay un artículo expreso en la Constitución que dé cuenta de su fuerza normativa, dicha característica la podemos extraer del artículo 38° que dispone: “todos los peruanos tienen el deber de [...] respetar, cumplir y defender la Constitución”. Asimismo, de la revisión conjunta de sus disposiciones podemos inferir su fuerza normativa. (Cfr. C. HAKANSSON NIETO, “Una visión panorámica...”, cit., p. 18. También se puede ver: J. SOSA SACIO, “Los “principios” o criterios de interpretación constitucional”, *Gaceta Procesal Constitucional*, Tomo 04, 2012, p. 21).

aplicación de la protección más favorable¹³². Sobre el contenido de este principio, volveremos más adelante.

De esta manera, luego de haber estudiado las CIC a partir de los principios de interpretación constitucional, es necesario que nos ocupemos del análisis sistemático de estas cláusulas acompañadas de las demás disposiciones constitucionales que se refieran a la protección de los derechos.

3. Análisis sistemático de las «cláusulas de interpretación conforme»

Como señala Rubio Correa, “[...] es preciso concordar las normas que contienen principios y reglas similares, así como todas ellas con la realidad, para integrar de la mejor manera su significado interpretativo y aplicarlo a las conductas”¹³³.

a. Tratados sobre Derechos humanos y su tratamiento en el derecho peruano

Es evidente que por el contenido que regulan los tratados sobre derechos humanos, éstos ocupan un lugar importante dentro del derecho peruano. Esto nos lleva a considerar que la Constitución y los mencionados tratados, conforman una unidad material¹³⁴ y comparten la misma finalidad¹³⁵, la cual es, proteger los derechos de la persona que emanan de su dignidad.

b. Sistema de recepción y ubicación jerárquica de los tratados de derechos humanos

A partir de la disposición contenida en el artículo 205° de la Constitución¹³⁶ se abre paso a la jurisdicción internacional, concretamente al sistema interamericano de protección

¹³² Ver C. MESÍA RAMÍREZ, *Exégesis del código procesal constitucional*, Tomo I, 4ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p.114; Cfr.C. HAKANSSON NIETO, “Los principios de interpretación...”, cit., p. 67.

¹³³M. RUBIO CORREA, *La interpretación de la Constitución...*, cit., p. 150.

¹³⁴Dicha unidad no debe ser entendida como si fueran un solo ordenamiento (tesis monista), si fuese así las normas internas podrían invalidar las normas internacionales contrarias a ella y viceversa, situación que no tiene sustento como lo veremos en el segundo capítulo.

¹³⁵Cfr. C. HAKANSSON NIETO, “La posición constitucional de los tratados sobre derechos humanos y la jurisdicción internacional para su protección en el código procesal constitucional”, en J. PALOMINO MANCHEGO (Coord.), *El derecho procesal constitucional peruano*, Tomo II, Grijley, Lima, 2005, p. 1217.

¹³⁶El artículo dice expresamente: “Agotada la jurisdicción interna, toda persona que se considere lesionada en los derechos que la Constitución de su Estado reconoce puede acceder a las instancias supranacionales nacidas

de los derechos humanos, como jurisdicción subsidiaria¹³⁷. Con esta apertura la persona adquiere la condición de sujeto de derecho internacional.

En esa línea, coincidimos con Mauricio del Toro quien haciendo referencia al modelo abierto de recepción jurídica del que hablaba el profesor Häberle, sostiene que la recepción del DIDH no significa simple reproducción o imitación, incluye más bien un proceso creativo y abierto de adaptación de lo externo en lo interno de forma plural y conjunta, por lo que es un proceso de ida y vuelta, en el que la asimilación e integración son recíprocas¹³⁸.

A su vez, respecto a este tema se ha señalado que el Estado ha cedido parte de su soberanía¹³⁹. Sin embargo, consideramos que es necesario recalcar que, tal como el precepto constitucional establece, la apertura es a la jurisdicción¹⁴⁰ mas no hay una cesión total ni parcial de la soberanía del Estado peruano al tribunal interamericano.

En primer lugar, la soberanía es una característica del poder estatal y como tal es ejercida al interior de la comunidad política y no puede ser ejercida más allá de su territorio. Dicha potestad de mando del Estado, no puede ser igualada por ningún otro poder dentro del

de los tratados que forme parte el Perú”. A su vez el Código Procesal Constitucional en el artículo 114° precisa: “[...]los organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución, o los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, son: el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú”.

¹³⁷ Quiere decir que únicamente opera cuando se han agotado las instancias nacionales, siendo esto último un requisito previo de procedibilidad para iniciar el proceso internacional. Sobre el mismo, nos referiremos más exhaustivamente en el segundo capítulo de nuestro trabajo.

¹³⁸ Cfr. M. DEL TORO HUERTA, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 112, 2005, p. 342. Disponible en: <http://www.journals.unam.mx/index.php/bmd/article/view/10593>. Consultado el 08/08/2014. Se puede ver P. HÄBERLE, “Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica”, en A. E. PÉREZ LUÑO (Coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

¹³⁹ Cfr. P. VÁSQUEZ AGÜERO, “La accidentada ruta constitucional de la jerarquía de los tratados en el derecho interno”, *Revista de Derecho Themis*, N° 63, 2013, p. 89. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8992>; Cfr. F. COREA SALAS, “Análisis del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y su impacto en la soberanía nacional de sus miembros”, *Revista Ius et Veritas*, Año XII, N° 23, 2001, pp. 21-40. Disponible en: <http://www.ius360.com/revistas/ius-et-veritas-23.pdf>.

¹⁴⁰ La jurisdicción es una manifestación de la soberanía pero que no la agota en tanto que la primera hace referencia a la atribución de determinar el derecho de cada quién y resolver sus controversias mediante decisiones. En palabras de García Toma, “[...] la soberanía deviene en un concepto genérico, a diferencia de dominio y jurisdicción, que serían conceptos específicos dentro de aquel”. (V. GARCÍA TOMA, *Teoría del estado y derecho constitucional*, 3ª ed., Adrus, Arequipa, 2010, p. 115).

ámbito territorial¹⁴¹. Luego, esta titularidad de mando no puede ser transferida o enajenada a terceros¹⁴².

En segundo lugar, si bien, la soberanía externa¹⁴³ quedó limitada una vez culminada la II Guerra Mundial, esto ocurrió porque los Estados comprendieron que existen bienes jurídicos anteriores a su propia existencia y por lo tanto superiores¹⁴⁴ e indisponibles porque brotan directamente de la dignidad humana. De ese modo, reconocieron la urgencia de protegerlos en el ámbito internacional, lo cual, como vimos, dio paso a declaraciones, tratados, tribunales y cortes internacionales¹⁴⁵ cuyas decisiones terminaron siendo vinculantes por la misma razón por la que se constituyeron y por ese motivo los Estados aceptaron su competencia¹⁴⁶.

En consecuencia, la apertura a la jurisdicción interamericana comporta el ejercicio voluntario del poder estatal soberano¹⁴⁷, por el cual se decide abrir paso a la intervención subsidiaria y complementaria de la Corte IDH¹⁴⁸. En ese sentido, la soberanía estatal entra

¹⁴¹ Es por ello que afirmamos que el poder estatal es titular de las funciones legislativas, ejecutivas, judiciales y de control. (Cfr. V. GARCÍA TOMA, *Teoría del estado...*, cit., p. 110).

¹⁴² Cfr. *Ibidem*, p. 112.

¹⁴³ La entendemos –siguiendo al profesor García Toma– como la determinación discrecional del Estado acerca de sus relaciones internacionales y de su política exterior. (Cfr. V. GARCÍA TOMA, *Teoría del estado...*, cit., p. 114).

¹⁴⁴ Cfr. H. NOGUEIRA ALCALÁ, “La soberanía, las constituciones y los tratados...”, cit., p. 1405.

¹⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 1400-1401.

¹⁴⁶ Además, no hay disposición convencional, estatutaria ni reglamentaria encargadas de regular las funciones de la Corte IDH, que establezca la transmisión de soberanía estatal a favor del tribunal interamericano, además que no podría haberla como lo explicamos antes.

¹⁴⁷ Así, para Susana Albanese y German Bidart “[...]tanto la inoculación de normas internacionales en el derecho interno cuanto la competencia de un tribunal supraestatal para interpretar y aplicar esas normas y/o para decidir si un Estado ha incurrido en violación de ellas, es el resultado de un acto deliberado de cada Estado que se convierte en parte del tratado y en miembro del sistema, sin compulsión alguna que admita criticarse como intrusión, interferencia o transgresión por parte de la jurisdicción internacional en la jurisdicción interna”. (G. BIDART CAMPOS y S. ALBANESE, *Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Comunitario*, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 174).

¹⁴⁸ A criterio del Humberto Nogueira, lo que ocurre es que se ha generado una jurisdicción concurrente o compartida entre la estatal y la internacional. (Cfr. H. NOGUEIRA ALCALÁ, “La soberanía, las constituciones y los tratados...”, cit., p. 1435). Mientras que para Mónica Pinto, creer que se enajena la soberanía de un Estado porque ratifica un tratado sobre derechos humanos, es como creer que el derecho a la privacidad se ve comprometido cuando se expande el grupo de amigos, luego, cuantos más amigos menos privacidad y cuantos más tratados menos soberanía. (Cfr. M. PINTO, “Derechos Humanos y Concepto de Soberanía. Cambios en la Concepción Tradicional” en *Derechos Humanos en el Umbral del Tercer Milenio*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997, p. 107 y ss.)

en relación con la comunidad de Estados constitucionales¹⁴⁹ y sin desconocer las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, se reconoce que la acción del orden internacional en relación con la protección de los derechos humanos ha de llevarse a cabo en un mundo de Estados soberanos¹⁵⁰.

c. Aplicación inmediata conforme al artículo 55° de la Norma Fundamental

El artículo 55° de la Constitución señala: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. De acuerdo a esta disposición constitucional, los tratados sobre derechos humanos pertenecen al ordenamiento jurídico interno y son derecho válido, eficaz y en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado¹⁵¹. Esto es lo que se conoce como la función normativa de los tratados, a la cual se añade una función hermenéutica, la misma que está explícita en la prescripción de las cláusulas de interpretación conforme¹⁵².

Ahora bien, al optar nuestro ordenamiento por la aplicación inmediata de los tratados en el derecho interno, esto significa que no se requiere emitir acto adicional alguno de incorporación. De esta manera, incorporada la CADH con la sola ratificación del Estado peruano, el derecho interno debe ser coordinado y compatibilizado con el derecho

¹⁴⁹Cfr. P. HÄBERLE, “El Estado Constitucional Europeo”, en M. CARBONELL y otro (Eds.), *La Constitucionalización de Europa*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 33. Citado por: C. LANDA ARROYO, *Constitución y Fuentes del Derecho*, Palestra, Lima, 2006, p. 126. Además, pensar que de la apertura a la jurisdicción interamericana se siga la transmisión de parte de la soberanía, podría atentar contra el principio de corrección funcional, en tanto que el TC intérprete último del ordenamiento y como *pouvoir neutre*, no retiene la soberanía –que sigue residiendo en el poder estatal–, sino que sólo se limita a sostener la efectividad del sistema constitucional. (Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 197).

¹⁵⁰C. LANDA ARROYO, *Constitución y Fuentes del Derecho*, cit., p. 126. Por su parte, para García Sayán, en palabras del profesor Hakansson, “[...] las relaciones internacionales y la vida política contemporánea nos enseñan que en un mundo globalizado, donde la protección mundial de los derechos humanos ha sido precursora del término, el argumento basado en la soberanía dejó de ser determinante para que un Estado decida acatar, o no, una resolución de carácter supranacional”. (C. HAKANSSON, “La posición constitucional de los tratados de derechos humanos en la Carta de 1993”, en S. MOSQUERA MONELOS (Coord.), *La constitucionalización de los tratados...*, cit., p. 43).

¹⁵¹STC Exp. N° 5854-2005-AA/TC, fundamento jurídico 22.

¹⁵²Cfr. P. VÁSQUEZ AGÜERO, “La accidentada ruta constitucional...”, cit., p. 103.

convencional¹⁵³. En otros términos, ambas fuentes normativas deben ser abordadas en forma dinámica e integral¹⁵⁴.

d. “Cláusula de los derechos implícitos” contenida en el artículo 3° de la Carta Magna

A su vez, el artículo 3° de la Constitución señala:

“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

En razón al sistema *numerus apertus* que aplica el sistema jurídico nacional para reconocer la existencia de otros derechos los cuales ostentan rango constitucional, podemos inferir que también las disposiciones convencionales que enuncian derechos humanos de modo bastante similar al contenido del Capítulo I Título I de la Carta Magna¹⁵⁵, tienen rango constitucional¹⁵⁶.

e. Rango constitucional y la interpretación del artículo 200° inciso 4 de la Constitución

En primer lugar, partamos del hecho de que la Constitución se encarga de la formalización y promulgación de los derechos humanos a través de disposiciones con mayor o menor grado de indeterminación. En esa línea, si vemos la estructura de la CADH,

¹⁵³ Cfr. E. CARPIO MARCOS, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004, p. 130.

¹⁵⁴ Cfr. J. RUIZ MOLLEDA, “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los jueces nacionales”, *Gaceta Constitucional*, tomo 19, 2009, p. 26.

¹⁵⁵ Cfr. C. LANDA ARROYO, *Constitución y Fuentes del Derecho*, cit., p. 120.

¹⁵⁶ Así también lo ha señalado el TC: “Conforme a esta disposición [...] existe otro conjunto de *derechos constitucionales* que está comprendido tanto por “derechos de naturaleza análoga” como por los que se infieren de los principios fundamentales.” Luego, agrega que: “Los “derechos de naturaleza análoga” pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución, pero que ya conforma el ordenamiento jurídico. Dentro de las que pudiera identificarse como tal no cabe duda que se encuentran los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte. [...] En consecuencia, dichos tratados, todos ellos de consuno, enuncian derechos de naturaleza “constitucional””. (STC Exp. N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC, fundamentos jurídicos 29 y 30). Ver también F. NOVAK TALAVERA, “Los tratados y la Constitución peruana de 1993”, en F. NOVAK TALAVERA y otro, *Los derechos humanos en instrumentos internacionales y su desarrollo en la doctrina*, Selección de textos, PUCP y Embajada Real de los Países Bajos, Lima, 1997, pp. 75-79; Cfr. W. DÍAZ ZEGARRA, *Comentario exegético al código procesal constitucional*, Ediciones Legales, Lima, 2012, p. 536.

encontraremos que ésta en forma similar a la Carta Magna, desarrolla el contenido de los derechos humanos en su parte dogmática con disposiciones con grados igualmente mayores y menores de indeterminación. De este modo, al incorporarse el contenido dogmático de la CADH al ordenamiento nacional, no puede ser sino a nivel constitucional.

En segundo lugar, no podría ser a nivel inferior ni superior a la Constitución, porque en el primer caso, significaría que el legislador nacional es infalible en el reconocimiento y promulgación de los derechos humanos y, en el segundo caso, porque también implicaría creer que el legislador internacional es el infalible¹⁵⁷. En ese sentido, lo que resulta evidente es que tanto el legislador nacional (la Constitución) como el legislador internacional (la CADH) se limitan a reconocer los derechos y no los crean por lo que es posible que yerren en la concreción o determinación de éstos¹⁵⁸.

Así, incorporado el contenido de la CADH al orden jurídico interno a nivel constitucional, podemos decir que conviven sin confundirse dos tipos de disposiciones, las originariamente constitucionales y las disposiciones convencionales constitucionalizadas¹⁵⁹. Además, el mismo TC reconoce el rango constitucional de los tratados sobre derechos

¹⁵⁷ Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, “La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre derechos humanos”, *Revista Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Año 10, Nº 2, 2012, p. 240. Disponible en: http://www.cecocoh.cl/docs/pdf/revista_10_2_2012/la_relacion_Luis_Castillo.pdf.

¹⁵⁸ Cfr. Ídem.

¹⁵⁹ Cfr. Ibidem, pp. 251-252. En ese sentido, Alberto Otárola sostiene que en las versiones más avanzadas, el constitucionalismo latinoamericano ha incorporado rango constitucional a las normas internacionales de derechos humanos. (Cfr. A. OTÁROLA PEÑARANDA, “La inserción del derecho internacional...”, cit., p. 1117). Esto ha ocasionado que diversos tratadistas, dentro de ellos el profesor Ayala Corao señale que “[...] en el constitucionalismo contemporáneo existe una tendencia marcada a equiparar los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, con los derechos constitucionales. En otras palabras, otorgarle a los derechos humanos internacionales el mismo rango y valor de los derechos explícitamente consagrados en la Constitución”. (C. AYALA CORAO, “Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como institutos para la Protección de los Derechos Humanos”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Vol. I, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, p. 351). Sumado a ello, Pizzolo refiriéndose al profesor Bidart Campos, afirma que es una pauta hermenéutica bastante conocida la que enseña que en un conjunto normativo que comparten un mismo y común orden de grado dentro del ordenamiento jurídico, “[...] todas las normas y todos los artículos de aquel conjunto tienen un sentido y un efecto, que es el de articularse en el sistema sin que ninguno cancele a otro, sin que a ninguno se le considere en pugna con otro, sin que entre sí puedan oponerse irreconciliablemente. A cada uno y a todos hay que asignarles, conservarles y aplicarles un sentido y un alcance de congruencia armonizante, porque cada uno y todos quieren decir algo; este 'algo' de uno o de varios no es posible que quede neutralizado por el 'algo' que se le atribuye a 'otro o a otros’”. (G. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 560-561. Citado por: C. PIZZOLLO, “La relación entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del bloque de constitucionalidad federal”, en S. ALBANESE (Coord.), *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 195).

humanos¹⁶⁰, en numerosas sentencias¹⁶¹. En tercer lugar, el TC ha recalcado que los tratados sobre derechos humanos no están exentos de control del proceso de inconstitucionalidad, en cuanto al fondo como respecto a la forma¹⁶². Ello siguiendo lo prescrito en el artículo 200.4 de la Constitución¹⁶³.

Ahora bien, dada la apertura a la jurisdicción interamericana, la incorporación de los tratados sobre derechos humanos al derecho interno con rango constitucional así como su aplicación inmediata, surge la inquietud sobre cómo proceder ante situaciones en que las disposiciones constitucionales y convencionales colisionen. Sin embargo, sobre este punto de gran relevancia es conveniente ocuparnos recién en el tercer capítulo de nuestro trabajo.

E. BREVE BALANCE

Hemos visto a lo largo de este capítulo que las «cláusulas de interpretación conforme» son técnicas hermenéuticas que vinculan al derecho interno con el derecho internacional en materia de derechos humanos e incorporan el contenido de este último a los ordenamientos jurídicos estatales. En el caso peruano, dichas técnicas han sido plasmadas en la CDFT de la

¹⁶⁰ Cfr. M. RUBIO CORREA, “La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos”, *Revista Pensamiento Constitucional. PUCP*, Año V, N° 5, 1998, p. 109. Asimismo, a partir del rango constitucional que tienen los tratados sobre derechos humanos, se reconoce que aquellos están dotados de fuerza activa y fuerza pasiva. Respecto a la primera, los derechos contenidos en los tratados se han incorporado a la lista de derechos reconocidos por la Constitución, en calidad de derechos constitucionales. Y, la fuerza pasiva se refiere a su aptitud de resistir las normas de fuentes infraconstitucionales, la cuales no pueden modificar o contradecir a los tratados sobre derechos humanos. Esta fuerza de resistencia se extiende a las reformas constitucionales que pudieran suprimir o afectar el contenido de algún derecho reconocido por el tratado e incorporado al ordenamiento nacional. (Ver STC N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC, fundamento jurídico 33).

¹⁶¹ STC Exp. N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC, fundamento jurídico 26, STC Exp. N° 00047-2004-AI/TC, fundamento jurídico 61.

¹⁶² STC Exp. N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC, fundamento jurídico 34.

¹⁶³ Señala: “Son garantías constitucionales:

[...] 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: Leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”. A partir de este artículo tiempo atrás el mismo TC otorgó un mero rango legal a los tratados sobre derechos humanos. Sin embargo, esta valoración no fue correcta por cuanto las normas comprendidas en dicho dispositivo sólo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control en una acción de inconstitucionalidad. (Ver STC Exp. N° 1277-99-AC/TC, fundamento jurídico 7 y 8; STC Exp. N° 010-2002-AI/TC, fundamento jurídico 21). En consecuencia, pretender abstraer el rango de los tratados de esta norma generaría que se le asigne, mecánicamente, rango de ley a todo el conjunto de tratados sin evaluar la materia de la que se ocupan. Ello no es posible debido al rango diferenciado entre los tratados de derechos humanos y el resto de tratados. No obstante, ello no afecta la aplicación del artículo 200.4 de la Carta Magna. (Cfr. P. VÁSQUEZ AGÜERO, “La accidentada ruta constitucional...”, cit., p. 102).

Constitución y en el artículo V del Título Preliminar del CPC. A su vez, han sido interpretadas por el TC peruano especialmente en el fallo del caso Castillo Chirinos, a partir del cual se gesta doctrina constitucional que establece la vinculatoriedad no sólo de la CADH sino además de las *rationes decidendi* de las sentencias del tribunal interamericano.

En ese sentido, de la naturaleza y fines de dichas cláusulas, de su interpretación constitucional acompañada por los principios que orientan este proceso así como del análisis sistemático junto con el resto de disposiciones constitucionales sobre la materia, encontramos que la conformidad que prescriben contiene un mandato de compatibilización o armonización entre las fuentes normativas y las jurisprudenciales constitucionales con las respectivas fuentes convencionales. A su vez, desde el ordenamiento nacional y desde la postura del TC peruano se manifiesta la relación de coordinación entre ambas fuentes como la vía idónea para cumplir con el mandato.

En consecuencia, parece que no es propio de la prescripción de compatibilidad considerar que la vinculatoriedad al derecho convencional tiene como fin lograr una plena identidad con los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH que los haga obligatoriamente aplicables en todos los casos. Por el contrario, la vinculatoriedad vista desde el mandato de las cláusulas IC, parece más bien estar asimilada a la ineludible observancia o consideración de la Convención y de los fallos de la Corte IDH, en razón al contenido que regulan y a la finalidad que ambos procuran, lo cual no conlleva su forzosa aplicación. No obstante, queda pendiente atender la posición del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en especial desde la CADH y la Corte IDH, sobre la «interpretación de conformidad» y, sobre la existencia, alcances y finalidad de una posible relación de coordinación.

CAPÍTULO II

LA «INTERPRETACIÓN CONFORME» Y LA RELACIÓN DE COORDINACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el presente capítulo, nuestro propósito es evidenciar que desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y especialmente desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se postula una relación de coordinación con los Estados tendiente a armonizar los contenidos normativos y jurisprudenciales a fin de brindar una garantía efectiva a los derechos. Para ello, nos aproximaremos a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, desde las posturas clásicas del monismo y dualismo, así como desde la novedosa formulación de la tesis conciliadora. Luego, estudiaremos la naturaleza, características y fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Más adelante, nos enfocaremos en el Sistema Interamericano, de modo particular en la Convención Americana y en la Corte Interamericana. Aplicaremos los principios de interpretación de los tratados para esclarecer la finalidad última del Pacto de San José y analizaremos la naturaleza de las obligaciones internacionales del Estado peruano en el marco de este tratado. Finalmente, examinaremos el control de convencionalidad como mecanismo de confrontación creado jurisprudencialmente por la Corte Interamericana; nos remitiremos a su fundamento, características y finalidad, considerando los principales argumentos a su favor y también las críticas a su aplicación.

A. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

Destacamos la importancia de la relación entre el Derecho Internacional y los Derechos internos de los Estados en vista a que la eficacia del primero depende, en muy amplia medida, de la fidelidad con que los segundos se conformen a las normas internacionales y les den efecto, dado que son éstos los destinatarios principales de dichas normas¹⁶⁴. A su vez, la fidelidad con la que se conformen ambos dependerá del tipo de relación con la que se aproximen y la finalidad a la que propendan.

Sobre el sistema de apertura que brinda el Estado peruano al DI ya nos referimos en el primer capítulo. Desde el ángulo del DI, la inquietud por explicar su relación con el Derecho interno se ha manifestado en dos posturas clásicas, las cuales han sido ampliamente criticadas por considerárselas inexactas e insuficientes y superadas posteriormente por una tercera doctrina intermedia, que en el caso del Derecho Internacional de los derechos humanos, responde mejor al propósito que los Estados se han trazado, como veremos progresivamente.

1. “La escuela de Triepel” y la tesis dualista

Una de las posturas es la denominada teoría dualista o pluralista, cuyos principales expositores fueron Triepel¹⁶⁵ y Anzilotti. El jurista de Leipzig –en palabras de Pastor Ridruejo– partía de dos premisas: la primera, es que tanto el DI como el derecho interno tienen distintas fuentes y la segunda, es que regulan relaciones diversas¹⁶⁶.

De este modo, mientras que en el DI la fuente suprema de la obligatoriedad de las normas jurídicas es la voluntad concordante de los Estados¹⁶⁷, en los ordenamientos jurídicos de los Estados la fuente suprema de la validez y obligatoriedad de las normas jurídicas es la

¹⁶⁴ Cfr. J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, p.165.

¹⁶⁵ En 1899 el profesor alemán Carl Heinrich Triepel publicó su obra *Derecho Internacional y Derecho interno* en la cual defendía su tesis dualista.

¹⁶⁶ Cfr. J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., p.168. También se puede ver: M. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 242.

¹⁶⁷ Más adelante cuando tratemos el tema sobre el fundamento de la obligatoriedad del DI especialmente en materia de derechos humanos, analizaremos las discusiones y posturas que se han adoptado al respecto.

voluntad imperativa del legislador¹⁶⁸; en tanto que, el DI rige las relaciones entre Estados y el derecho interno las que se desarrollan entre individuos o entre el Estado y los particulares. Por lo que DI y Derecho interno se concebían como órdenes diversos, separados e independientes¹⁶⁹. En consecuencia, para Triepel las normas internacionales necesitaban para su aplicación dentro de los ordenamientos internos un acto especial de recepción, por lo que no serían directamente obligatorias en el orden jurídico interno¹⁷⁰. En esa línea, según la profesora Salmón Gárate, desde el dualismo “[...] la posibilidad de un conflicto real entre ambos sistemas ante el juez interno no puede producirse”¹⁷¹.

Sentado lo anterior, la posición dualista, en términos de Cassese, brinda al Estado la “puerta de emergencia” cuando existe un serio conflicto entre el DI y sus propios intereses, en la medida que el Estado podrá frustrar la aplicación del DI no implementando tales normas internacionales en el Derecho interno¹⁷². Por ello, no deja de tener razón Abugattas cuando precisa que la posición dualista conlleva el grave riesgo que el tratado transformado en norma interna pueda ser luego modificado o derogado por cualquier norma interna posterior¹⁷³.

También se ha dicho que resulta equívoco fundamentar el carácter de sistemas jurídicos paralelos partiendo de la base de la diferencia de las fuentes¹⁷⁴. Además, al limitar el objeto

¹⁶⁸ Cfr. R. SÁNCHEZ MARTÍNEZ y otros, “Retos en la aplicación del derecho ambiental internacional. Breve análisis desde el derecho internacional público”, en M. MICHINEL ÁLVAREZ y otro (Coords.), *Desarrollo económico, protección ambiental y bienestar social: el derecho de la sostenibilidad desde la perspectiva hispano-cubana*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 208.

¹⁶⁹ Cfr. J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., p. 168.

¹⁷⁰ Cfr. M. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *Instituciones de Derecho...*, cit., p. 242; Cfr. F. NOVAK TALAVERA y otro, *Derecho Internacional Público*, Tomo I: Introducción y Fuentes, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2003, p. 325.

¹⁷¹ Ello porque al no poderse aplicar el DI directamente a los individuos y requerir ser transformado en derecho interno a través de los mecanismos determinados por los Estados, lo que se aplica a nivel interno no sería DI sino Derecho interno. (Cfr. E. SALMÓN GÁRATE, *El Derecho Internacional Humanitario y su relación con el Derecho Interno de los Estados*, Palestra, 2007, p. 35).

¹⁷² Cfr. A. CASSESE, *International Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 2005, p. 214. Citado por: E. SALMÓN GÁRATE, *El Derecho Internacional Humanitario...*, cit., p. 37. En similar sentido lo expresa el profesor Sagüés, al decir que el dualismo parte del supuesto de que el Estado local es soberano y no reconoce en principio ningún orden jurídico o autoridad sobre sí mismo, en consecuencia las autoridades y los habitantes del Estado deben primero obedecer a la Constitución y a las normas nacionales, estén o no de acuerdo con el derecho internacional. (Cfr. N. SAGÜÉS, *Teoría de la Constitución*, 1ª Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 380).

¹⁷³ Cfr. G. ABUGATTAS GIADALAH, “Sistemas de incorporación monista y dualista: ¿tema resuelto o asignatura pendiente?”, *Agenda Internacional*, Vol. 12, N° 23, 2006, p. 448. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/8321>.

¹⁷⁴ Cfr. R. SÁNCHEZ MARTÍNEZ y otros, “Retos en la aplicación del derecho...”, cit., p. 208.

del DI a la regulación de las relaciones entre los Estados, se desconoce la existencia de otros sujetos internacionales como las organizaciones internacionales¹⁷⁵ o el mismo ser humano, quien ha cobrado especial protagonismo en el DI contemporáneo; siendo estas algunas de las razones por las cuales la tesis dualista ha quedado desfasada.

2. Kelsen y la tesis monista

Contrariamente al dualismo, los defensores del monismo “proclaman la unidad esencial de todos los ordenamientos jurídicos”¹⁷⁶. En esta doctrina encontramos los postulados de Kelsen y su concepción normativista, según la cual describe Pastor Ridruejo, “todas las normas jurídicas derivan su validez y su fuerza obligatoria de otras normas superiores desde el punto de vista jerárquico hasta llegar a la norma fundamental o *grundnorm*”¹⁷⁷, norma básica que garantiza la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico¹⁷⁸.

De esta forma en 1926, Kelsen sostuvo que la norma fundamental podía ser colocada en el Derecho interno¹⁷⁹ o en el DI¹⁸⁰ pero posteriormente, en 1934 se refirió a que se debía

¹⁷⁵ Cfr. C. PINO CANALES, “La relación entre Derecho Interno-Derecho Internacional”, en *Temas de Derecho Internacional Público*, Félix Varela, La Habana, 2006, p. 53. Citado por: R. SÁNCHEZ MARTÍNEZ y otros, “Retos en la aplicación del derecho...”, cit., p. 208.

¹⁷⁶ J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., p. 168.

¹⁷⁷ H. KELSEN, *Les rapports de système entre le Droit interne et le Droit International*, en R. des C., IV, Vol. 14, 1926, pp. 227 y ss. Citado por: J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., p. 168.

¹⁷⁸ Cfr. M. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *Instituciones de Derecho...*, cit., p. 242.

¹⁷⁹ Explica la profesora Salmón que el monismo con primacía del Derecho interno postula que el DI obliga al Estado sólo porque el propio Estado ha consentido en ello. El reconocimiento del DI, nacido de la voluntad del Estado, determina que sea considerado como una suerte de Derecho estatal externo. (Cfr. E. SALMÓN GÁRATE, *El Derecho Internacional Humanitario...*, cit., p. 38). Critica Pino Canales esta postura al decir que “[...]se contraponen a la existencia del Derecho Internacional Público como una rama autónoma del Derecho, el que resulta fraccionado, al considerar la presencia de un gran número de derechos internacionales en función de la noción nacionalista que cada Estado se hiciera de este. Tal opción indudablemente nos lleva a la inseguridad jurídica, tanto para los Estados en sus relaciones entre sí, como también para los particulares”. (C. PINO CANALES, “La relación entre Derecho Interno...”, cit., p. 49. Citado por: R. SÁNCHEZ MARTÍNEZ y otros, “Retos en la aplicación del derecho...”, cit., p. 205). Además, Juan Travieso critica esta postura en razón a que los cambios en el orden jurídico interno de los Estados no modifican sus obligaciones internacionales y ello significa que el orden jurídico internacional no deriva su fuerza obligatoria del derecho interno. (Cfr. J. TRAVIESO, *Garantías fundamentales de los derechos humanos. Conflictos, Paradigmas, Aplicación de sistemas jurídicos internacionales*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 68).

¹⁸⁰ El monismo con primacía del DI –sustentado por Kauffman, Kelsen, Verdross, Scelle– se sustentaba en que los tratados eran obligaciones contractuales, pero al mismo tiempo diseñaban un sistema legal objetivo sobre el que cada Estado, individualmente considerado, no tenía autoridad. A su vez, esta tesis defiende la aplicación inmediata de las normas internacionales sin necesidad de transformación, además afirma que las normas internacionales revocarían (o anularían) automáticamente las leyes internas contrarias a ellas. Por ello, los Estados incurrirían en responsabilidad internacional ante la adopción de normas contrarias al DI. (Cfr. E.

insertar en el DI¹⁸¹. Con relación a ello manifestó Verdross, discípulo de Kelsen, que “[...] la norma que en definitiva fundamentaba todo el Derecho se insertaba en el ordenamiento internacional, siendo éste precisamente el que delegaba en favor de los Estados una determinada competencia legislativa dentro de la esfera de su libre apreciación”¹⁸². Luego, los sistemas de transformación de normas internacionales en internas no generarían una transformación en sí¹⁸³, sino “la ejecución de una norma superior por una inferior”¹⁸⁴.

Para Kelsen “[S]i el Derecho Internacional y el Nacional se suponen válidos simultáneamente, entonces resulta inevitable una construcción monista”¹⁸⁵. Esto se explica para Kelsen en palabras de Abugattas “[...] porque si estamos ante dos órdenes normativos es ilógico el caso de que ambos regulen de modo distinto la misma conducta, por lo que esta postura sería insostenible”¹⁸⁶.

Los defensores del monismo concluyeron que el DI era superior al Derecho interno por lo que éste quedaría subordinado al primero, en tanto que la norma internacional no necesitaría de ninguna especie de acto de recepción para ser aplicada en los ordenamientos internos y prevalecería sobre éstos en caso de conflicto¹⁸⁷. Este último elemento es trascendental pues en cualquier caso la norma interna en oposición a la norma internacional sería nula *ab initio* en razón a que su validez estaría condicionada por la norma superior¹⁸⁸.

SALMÓN GÁRATE, *El Derecho Internacional Humanitario...*, cit., pp. 38-39). Pino Canales critica esta posición diciendo “esta tesis es errada, ya que el Derecho Internacional Público no dispone de capacidad para derogar o anular una norma o acto estatal”. (C. PINO CANALES, “La relación entre Derecho Interno...”, cit., p. 50. Citado por: R. SÁNCHEZ MARTÍNEZ y otros, “Retos en la aplicación del derecho...”, cit., p. 207).

¹⁸¹ Cfr. J. GONZALES CAMPOS y otros, *Curso de Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 271.

¹⁸² A. VERDROSS, *Le Fondement du Droit International*, en R. des C., I, Vol. 16, 1927, pp. 257 y ss. Citado por: J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., p. 169.

¹⁸³ Cfr. G. ABUGATTAS GIADALAH, “Sistemas de incorporación...”, cit., p. 216.

¹⁸⁴ A. VERDROSS, *Derecho Internacional Público*, 6ª ed., Madrid, 1982, p. 99. Citado por: G. ABUGATTAS GIADALAH, “Sistemas de incorporación...”, cit., p. 216.

¹⁸⁵ H. KELSEN, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, 3ª ed., Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2001, p. 84. Citado por: G. ABUGATTAS GIADALAH, “Sistemas de incorporación...”, cit., p. 216.

¹⁸⁶ G. ABUGATTAS GIADALAH, “Sistemas de incorporación...”, cit., p. 216.

¹⁸⁷ Cfr. J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., p. 169.

¹⁸⁸ Cfr. J. GONZALEZ CAMPOS y otros, *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, Madrid, 1998, p. 263. Es necesario que consideremos esta consecuencia directa de la tesis monista porque oportunamente volveremos a ella cuando tratemos la forma como la Corte IDH ha asimilado sus atribuciones jurisdiccionales y los efectos de su jurisprudencia dentro de los ordenamientos jurídicos internos.

Finalmente, el problema de determinar si la norma fundante se encuentra en el Derecho interno o en el DI fue tan difícil para Kelsen, según Abugattas, que terminó por afirmar que otorgar primacía a un ordenamiento o a otro es un tema meramente político, que escapa a la ciencia del Derecho¹⁸⁹. De esta forma, aunque Kelsen consideró que existía solo una norma fundante, dio luces sobre la posibilidad de que existan dos normas fundamentales diferentes, una para cada ordenamiento¹⁹⁰.

3. La tesis de la coordinación

Frente a las dos posturas radicalmente opuestas se ha generado posiciones moderadas, también llamadas “conciliadoras”¹⁹¹ “[...] en las que se constata que las relaciones entre DI y Derecho interno no son sólo de conflicto, sino también de cooperación y complementación o remisión”¹⁹². Así, “[...] esta corriente es defensora de una coherencia que permita lograr que ambos Derechos coordinen una mejor elaboración y aplicación de sus normas, y renuncien a plantear la primacía de un ordenamiento sobre el otro”¹⁹³.

Apoyados en Becerra Ramírez creemos que es cierto que el DI es un sistema jurídico específico que difiere del derecho interno en cuanto a sus fuentes, la relación que regula y, además, que responde a un sistema descentralizado en cuanto a sus instancias de creación normativa, de aplicación y solución de controversias frente a un sistema centralizado, que es

¹⁸⁹ Cfr. H. KELSEN, *Introducción a la Teoría...*, cit., p. 104. Citado por: G. ABUGATTAS GIADALAH, “Sistemas de incorporación...”, cit., p. 216.

¹⁹⁰ Afirma Abugattas “La razón de validez del DI, según Kelsen, se encuentra en última instancia en la costumbre internacional; así las normas *pacta sunt servanda* y buena fe, se justifican porque se presume que: « [...] los Estados deben comportarse tal como los Estados consuetudinariamente se comportaban»; es decir, cumpliendo sus acuerdos y respetando los principios generales del Derecho Internacional”. Por otro lado, la razón de validez del Derecho Interno se encuentra en lo que Kelsen llamaba Constitución histórica del Estado. (H. KELSEN, *Introducción a la Teoría...*, cit., pp. 75 ss. y 89. Citado por: G. ABUGATTAS GIADALAH, “Sistemas de incorporación...”, cit., p. 216).

¹⁹¹ Para Basave Fernández del Valle, podemos hablar legítimamente de un interés colectivo, fincado en la igualdad esencial de naturaleza, de origen y de destino de los seres humanos. Así, los Estados están obligados a respetar los pactos realizados libremente, a reparar todo perjuicio causado injustamente, a respetar la comunidad internacional porque esta obligación dimana de la normatividad intrínsecamente justa y objetiva. Si es posible hablar de una comunidad internacional es porque existe una dimensión social del hombre y de los Estados. (Cfr. A. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, “Fundamento y esencia del Derecho Internacional”, en *Filosofía del Derecho Internacional*, 1ª Reimpresión, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Serie H: Estudios de Derecho Internacional Público 11, México, 2001, p. 53. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=27>).

¹⁹² E. SALMÓN GÁRATE, *El Derecho Internacional Humanitario...*, cit., p. 45.

¹⁹³ R. SÁNCHEZ MARTÍNEZ y otros, “Retos en la aplicación del derecho...”, cit., p. 209.

el derecho interno¹⁹⁴. Sin embargo, también creemos que ambos sistemas no son estancos separados; se comunican y se influyen mutuamente. La manera de comunicación depende de cada sistema constitucional y su modelo de recepción¹⁹⁵.

En ese sentido, y especialmente en materia de derechos humanos, es posible que la tesis de la coordinación aborde razonablemente la naturaleza de ambos órdenes jurídicos. Incluso, es posible que la postura del DI sea aparentemente monista, como lo sugiere Becerra, en vista a que este sistema jurídico posee una serie de principios que al inicio manifiestan su postura de primacía o superioridad, pero que al mismo tiempo son punto de conexión con el derecho interno¹⁹⁶. Luego, a través de la interacción de estos principios se hace explícita la necesaria coordinación entre ambos campos, como lo veremos seguidamente:

- (a) No se pueden invocar las disposiciones del derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado¹⁹⁷. Este principio, siguiendo al profesor Becerra, tiene una primera lectura de supremacía del DI, pero al remitir el artículo 46° de la misma Convención a la posibilidad de alegar como vicio del consentimiento de un Estado el que dicha voluntad estatal para obligarse por un tratado haya sido expresada en violación manifiesta de una disposición de importancia fundamental de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, evidencia que aquel principio de supremacía del DI no es absoluto, y su relatividad es un punto de contacto con el derecho interno¹⁹⁸.
- (b) El principio *Pacta sunt servanda*¹⁹⁹, cuya inobservancia genera la responsabilidad del Estado, sin que el órgano jurisdiccional internacional que la declare pueda juzgar

¹⁹⁴ Cfr. M. BECERRA RAMÍREZ, “La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno”, en S. GARCÍA RAMÍREZ y otro (Coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2009, p. 293. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2740>.

¹⁹⁵ Cfr. Ídem.

¹⁹⁶ Cfr. Ídem, p. 296.

¹⁹⁷ Este principio ha sido recogido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 en su artículo 27°.

¹⁹⁸ Cfr. M. BECERRA RAMÍREZ, “La jerarquía de los tratados...”, cit., p. 296.

¹⁹⁹ Norma consuetudinaria también incluida en la Convención de Viena en su artículo 26° el cual indica que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”

sobre el derecho interno²⁰⁰. Este principio está relacionado con otros dos: la no intromisión en los asuntos internos y el agotamiento de los recursos internos²⁰¹.

(c) El principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados, el cual tiene a su vez una limitación en la primacía de los derechos humanos. Sin perjuicio de que, como vimos previamente, “hay una atenuación del principio, no desaparición del mismo”²⁰².

(d) El principio de agotamiento de los recursos internos, que resulta una manifestación de la prioridad del foro interno y de la subsidiariedad de la jurisdicción internacional. Este principio es reconocido por el derecho consuetudinario internacional y forma parte del derecho procesal internacional²⁰³.

A su vez, el DI establece su estructura, los mecanismos de validez de sus normas y de responsabilidad en caso de incumplimiento de los Estados, pero el paso para hacer efectiva la normativa en la esfera de los Estados es algo que le es ajeno, porque corresponde a los Estados determinarlo y así podría haber tantos sistemas de recepción del DI como Estados existen²⁰⁴. Lo anterior no resta que desde el lado del DI, el Estado se mantiene obligado al cumplimiento de las obligaciones asumidas, independientemente de la jerarquía que los tratados ostenten en el derecho interno²⁰⁵.

²⁰⁰ Cfr. M. BECERRA RAMÍREZ, “La jerarquía de los tratados...”, cit., p. 296. Al respecto, Landa Arroyo al explicar la tesis de la coordinación señala que “[C]aracteriza al derecho internacional como un derecho de integración, sobre la base de la responsabilidad internacional. Así en función de dicha responsabilidad ya no se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional, sino su armonización fundamentándose en un neoiusnaturalismo integrador”. (C. LANDA ARROYO, *Constitución y fuentes del Derecho*, cit., pp. 118-119).

²⁰¹ Al respecto dijo la Corte IDH que la Comisión no tiene atribuciones para pronunciarse sobre la forma como se adopta una norma jurídica en el orden interno. Ésa es función de los órganos competentes del Estado. Lo que la Comisión debe verificar, en un caso concreto, es si lo dispuesto por la norma contradice la Convención y no si contradice el ordenamiento jurídico interno del Estado. (Cfr. Corte IDH. Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, §29).

²⁰² M. BECERRA RAMÍREZ, “La jerarquía de los tratados...”, cit., p. 297.

²⁰³ Cfr. M. BECERRA RAMÍREZ, “Las decisiones judiciales como fuente del derecho internacional de los derechos humanos”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Vol. 1, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, p. 431. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/FixVol1.pdf>. Consultado el 07/08/2014.

²⁰⁴ Cfr. M. BECERRA RAMÍREZ, “La jerarquía de los tratados...”, cit., p. 298.

²⁰⁵ Cfr. Ídem.

Desde esta aproximación a la tesis conciliadora, una consecuencia que parece desglosarse es que el DI no puede intervenir en asuntos reservados a la competencia estatal porque cada uno de los sistemas tiene su propia esfera de validez, siendo que al mismo tiempo ambos órdenes jurídicos son recíprocamente dependientes²⁰⁶, en atención a la finalidad que los una. En ese sentido, desde la valoración del profesor Sagüés:

“[E]l juez (nacional o supranacional) debe desde luego aplicar en sus sentencias al derecho internacional y supranacional tuitivo de los derechos humanos, pero (igualmente el) juez de la jurisdicción internacional (debe) tener en cuenta, y en su caso efectivizar en sus sentencias, las reglas del derecho nacional que puedan aplicarse al caso, complementarias o mejoradoras de las internacionales”²⁰⁷.

Por lo pronto, no ahondaremos más en explicar la tesis de la coordinación, en todo caso, confiamos que a lo largo de nuestro estudio se hará más evidente su necesaria aplicación. En esa línea, conviene que profundicemos en materia de DIDH, especialmente en sus características, fundamento y fuentes formales.

B. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES

En la etapa del DI clásico, la protección de los derechos de la persona estaba encomendada exclusivamente a los Estados, y el DI sólo preveía al respecto mecanismos muy excepcionales como el derecho de asilo o la intervención por causa de humanidad²⁰⁸. Posteriormente, en los umbrales del DI contemporáneo, dos hechos relevantes se hicieron cada vez más evidentes. El primero es que en muchas ocasiones era el propio Estado el primer y más importante violador de los derechos humanos y, el segundo hecho mostraba una relación innegable entre el respeto a los derechos humanos dentro de los Estados y el mantenimiento de la paz en la comunidad internacional²⁰⁹. A consecuencia de ello, finalizada la segunda guerra mundial, los derechos humanos pasaron a integrar las exigencias más elementales de la convivencia en la sociedad internacional, y el respeto de

²⁰⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 301.

²⁰⁷ N. SAGÜÉS, “La interpretación de los derechos humanos...”, cit., p. 38.

²⁰⁸ Cfr. J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., p. 199.

²⁰⁹ Cfr. *Ídem*.

los mismos se ha convertido en una aspiración fundamental del DI actual²¹⁰. Esto sentaba como principio básico del sistema internacional de derechos humanos a la garantía de la dignidad del ser humano, a través del reconocimiento de derechos mínimos, por su sola condición de seres humanos²¹¹.

Como señalan Medina y Nash, este proceso se tradujo en la consagración de catálogos de derechos humanos y mecanismos de promoción y protección internacionales incluidos en los catálogos²¹². De esta forma surge el DIDH²¹³, cuyo principio rector es la subsidiariedad, lo que significa que el protector principal de los derechos fundamentales es el Estado y la jurisdicción internacional sólo entra en acción cuando fallan las autoridades y mecanismos nacionales²¹⁴. En ese sentido, la razón por la que los Estados son los protectores primordiales de los derechos fundamentales, es que desde su inicio el DIDH reconoció que es en la comunidad de cada Estado donde los derechos se tienen, se ejercen, se hacen accesibles y se disfrutan concretamente y por ser la persona parte integrante de dicha comunidad²¹⁵. Además, la cobertura que el DIDH le depara a los derechos fundamentales es para que la persona los

²¹⁰ Cfr. Ídem. También se puede ver: A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional...*, cit., p. 45.

²¹¹ Cfr. C. NASH ROJAS, “La protección internacional de los derechos humanos”, en *Seminario Internacional: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales, organizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de México*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2008, p. 176. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/publicaciones/detalle.tpl?id=27>; Cfr. J. CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 131.

²¹² Cfr. C. MEDINA y C. NASH, *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Públicos. Sección doctrina*, Documentos Oficiales, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 1, diciembre, Santiago de Chile, 2003, p. 18. Citado por: C. NASH ROJAS, “La protección internacional...”, cit., p. 174. Así, a través de estos catálogos los Estados asumieron obligaciones de respeto y garantía para el ejercicio efectivo de los derechos de todos los individuos nacionales y extranjeros, y éstos la posibilidad de reclamar directamente contra el Estado en caso de vulneración de sus derechos, ante la jurisdicción internacional. (Cfr. J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., p. 200).

²¹³ El profesor Fernández de Casadevante lo define como: “[...] aquel sector del ordenamiento internacional, compuesto por normas de naturaleza convencional, consuetudinaria e institucional que tienen por objeto la protección de los derechos y libertades fundamentales del ser humano inherentes a su dignidad. De aquí se deriva precisamente una de las características de este sector del Derecho Internacional: la heterogeneidad de sus normas, lo que plantea la necesidad de examinar las relaciones existentes entre todas ellas”. (C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, “El derecho internacional de los derechos humanos”, en C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI (Coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, Dilex, Madrid, 2000, p. 49. Citado por: E. SALMÓN GÁRATE, “Los aportes del derecho internacional de los derechos humanos a la protección del ser humano”, en E. SALMÓN GÁRATE (Coord.), *Miradas que construyen. Perspectivas multidisciplinarias sobre los derechos humanos*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2006, p. 155).

²¹⁴ Cfr. J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., p. 202.

²¹⁵ Cfr. G. BIDART CAMPOS, *Teoría General de los Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 118.

disfrute dentro y no fuera del Estado al que pertenece²¹⁶, ello unido al hecho que el hombre no se inserta directamente en la comunidad internacional, sino que lo hace en un Estado y como parte de él²¹⁷.

De este modo, la subsidiariedad es una nota estructural o constitutiva del DIDH²¹⁸ y en lo sucesivo veremos cómo este principio se manifiesta en los diferentes planos de la estrategia internacional²¹⁹, tanto a nivel normativo y sustantivo como en el plano institucional y procesal.

A nuestro juicio, la protección del ser humano no es ni debe ser objeto de una preocupación exclusivamente estatal, sino que debe constituir una materia de interés de toda la comunidad internacional²²⁰, sin llegar al extremo de convertirse en una materia de control exclusivamente internacional, porque lo que se procura en realidad es que la protección que dispense el derecho interno se complemente y, ciertamente se potencie con las normas del DI²²¹ y no que se la disminuya, anule o reemplace. De ahí que, “complementario” no equivale a “supletorio”. Por el contrario, “complementario” quiere decir “algo” que debe agregarse a otro “algo” para que éste quede completo²²².

Por otro lado, el DIDH además de subsidiario es considerado como derecho de mínimos. Esto supone, como señala Bidart Campos, que el catálogo de derechos contenido en los tratados internacionales no aspira a enumeraciones taxativas y que hay o puede haber

²¹⁶ Cfr. Ídem.

²¹⁷ Cfr. Ibidem, p. 119. Agrega el profesor que el DIDH opera a través del derecho interno de cada Estado. Esto no varía ni siquiera cuando una jurisdicción internacional da acceso –directo o indirecto– al hombre lesionado en sus derechos, porque lo da conforme a dos principios: a) que la lesión sea imputable al Estado del que forma parte, y que esa lesión configure violación e incumplimiento estatales de una obligación internacional por él asumida y b) que previamente a la instancia internacional se haya agotado el recorrido posible de las vías jurisdiccionales internas. En resumen, el status jurídico de la persona humana arraiga en el derecho constitucional propio del Estado al que ella pertenece, incluso en el supuesto de que ese status añada el refuerzo protector del DI.

²¹⁸ Cfr. J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., p. 202.

²¹⁹ Cfr. Ibidem, p. 200.

²²⁰ Cfr. E. SALMÓN GÁRATE, “Los aportes del derecho internacional...”, cit., p. 147.

²²¹ Cfr. Ídem. A su vez, idéntica expresión utilizó Bidart Campos al decir que “[...] la fuente internacional del derecho de los derechos humanos es complementaria del derecho interno, y que es en el ámbito del último donde el derecho internacional pretende con su cobertura auxiliar, alcanzar la vigencia sociológica de los derechos del hombre”. (G. BIDART CAMPOS, *Teoría General de los derechos humanos*, 1ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 429).

²²² Cfr. G. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Tomo III, Nueva ed. ampliada y actualizada, 1ª Reimpresión, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 277.

en otros cuerpos normativos –internos o internacionales– más derechos fundamentales que el tratado no reduce o desconoce²²³. Además, las fórmulas normativas de los tratados tienen el detalle mínimo descriptivo de los derechos y de su contenido con elasticidad y generalidad lexicales, en orden a facilitar su ratificación y adhesión, así como su interpretación y aplicación, de modo que los Estados no tropiecen con barreras demasiado rígidas y disponga de suficiente margen reglamentario interno²²⁴.

Una característica adicional del DIDH que le viene del DI Público es la carencia de órganos centralizados. Como ya lo había señalado Juan Carlos Puig²²⁵ y lo refrendó luego Monroy Cabra, “[...] no existe, en efecto, un legislador a quien se haya atribuido la competencia de adoptar normas generales [...]”²²⁶. Esto se evidencia claramente en el marco de la Convención Americana, dentro del cual se creó la Comisión y la Corte IDH, ésta última, con la finalidad de coadyuvar en la interpretación y aplicación de dicho tratado dentro del modelo subsidiario del sistema interamericano. Por lo tanto, no existe tampoco al interior de la Convención un legislador con la competencia de adoptar normas de alcance general. De igual forma, en el DIDH a similitud del DI Público, tampoco hay órganos ejecutivos²²⁷, por lo que los mismos Estados son los que cumplen esta función.

1. Fundamento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Para tratar el fundamento del DIDH, que es en donde reside el obligatorio respeto a sus normas y principios, nos referiremos a dos posiciones. En primer lugar, tenemos la tesis según la cual las normas del DIDH son obligatorias en base al consentimiento dado por los Estados al firmar los tratados en esta materia y al aceptar la competencia de los organismos y tribunales internacionales²²⁸.

²²³ Cfr. G. BIDART CAMPOS, *Teoría General de los derechos humanos*, cit., p. 428.

²²⁴ Cfr. G. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, cit., pp. 281-282

²²⁵ Cfr. J. PUIG, *Derecho de la comunidad internacional*, Vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 21. Citado por M. MONROY CABRA, *Derecho Internacional Público*, 5ª ed., Temis, Bogotá, 2002, p. 9.

²²⁶ M. MONROY CABRA, *Derecho Internacional Público*, cit., p. 9.

²²⁷ Cfr. Ibidem, p. 10.

²²⁸ Cfr. A. SANTIAGO, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico”, disertación en sesión privada del Instituto de Política Constitucional, el 21 de octubre de 2009, p. 23. Disponible en: <http://www.ancmvp.org.ar/user/files/04santiago.pdf>.

Esta tesis tiene un aire de familia con la teoría voluntarista que funda de modo exclusivo el DI en la voluntad de los Estados²²⁹. Luego, de esta postura se deriva que: (a) El compromiso de los Estados partes tendría únicamente el alcance de los textos de estos documentos internacionales; (b) serían plenamente válidas las reservas que los Estados partes puedan haber introducido al momento de la ratificación de los distintos tratados; (c) la jurisdicción de los tribunales internacionales se fundaría y limitaría en la voluntad declarada por cada Estado al reconocerla, por lo que no cabría su interpretación expansiva para abarcar supuestos o procedimientos no previstos expresamente en los tratados que han sido ratificados; y (d) la denuncia del tratado internacional por un Estado parte lo desvincularía de las obligaciones internacionales que asumió con su firma²³⁰.

En segundo lugar, tenemos la postura según la cual las normas y principios del DIDH tienen *per se vigore*; son normas imperativas *erga omnes*, obligatorias para los Estados nacionales más allá del consentimiento que hayan prestado y aun sin él. Esta posición acentúa que las reservas expresadas por los Estados partes no tendrían mayor valor jurídico, los tribunales internacionales en la materia ostentarían jurisdicción aunque los Estados no le hayan reconocido competencia, su jurisprudencia sería tan obligatoria como lo es el propio texto de los tratados y la denuncia de éstos no produciría ningún efecto respecto de la obligatoriedad de respetar los compromisos ya asumidos²³¹. En general, esta posición entraña que el DIDH opere, en su conjunto, como una especie de *ius cogens*²³², un derecho cuyos

²²⁹ Cfr. J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., p. 37. De este criterio voluntarista, se derivan tres categorías: a) teoría del derecho estatal externo, que se ampara en la voluntad exclusiva del Estado singular como la creadora de las normas internacionales. (Cfr. M. MONROY CABRA, *Derecho Internacional Público*, cit., p. 42), b) teoría de la autolimitación o de la auto obligación, Jellinek afirmaba que en virtud de la soberanía del Estado éste no puede estar sometido a voluntad ajena. Pero no es impedimento para que el propio Estado pueda limitar su voluntad respecto de los otros Estados. (Cfr. G. JELLINEK, *Teoría general del Estado*, 2ª ed., Albatros, Buenos Aires, 1970, pp. 78 y ss. Citado por M. MONROY CABRA, *Derecho Internacional Público*, cit., p. 42), c) teoría de la voluntad colectiva o pacto normativo, se basa en una voluntad común nacida de las voluntades particulares de los Estados. (Cfr. M. MONROY CABRA, *Derecho Internacional Público*, cit., p. 43). Para Truyol y Serra tampoco la voluntad colectiva de una pluralidad de Estados es suficiente para crearla, pues del hecho de que muchos Estados o todos ellos quieran algo en un determinado momento, no puede deducirse que estén obligados a actuar posteriormente con arreglo a esta voluntad. (Cfr. A. TRUYOL Y SERRA, *Fundamentos del derecho internacional público*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1977, p. 77. Citado por: M. MONROY CABRA, *Derecho Internacional Público*, cit., p. 47).

²³⁰ Cfr. A. SANTIAGO, "El Derecho Internacional...", cit., p. 24.

²³¹ Cfr. Ibidem, pp. 24-25.

²³² Díez de Velasco define el *ius cogens* como "[...] reglas o normas que protegen intereses colectivos esenciales de la comunidad internacional en su conjunto, que pretenden la realización solidaria de un cierto orden público internacional basado en la adhesión a un mismo código de valores mínimos". (M. DIEZ DE VELASCO

contenidos sustanciales y secundarios no podrían ser desconocidos en ningún caso por los Estados que integran la comunidad²³³.

Básicamente, ambas posiciones tienen puntos de vista extremos y tienden a confrontar el DI con el derecho interno²³⁴. No obstante, es posible conciliarlas si partimos del hecho de que el carácter de *ius cogens* o norma perentoria con efectos *erga omnes* sólo es atribuible al contenido material susceptible de protección²³⁵ que es el núcleo básico del DIDH, mientras que en sus aspectos secundarios cabe tener más en cuenta la voluntad expresada por los Estados partes²³⁶, sin que haya que extenderles la condición de *ius cogens*, precisamente porque lo que hacen estos elementos es secundar al contenido material.

Bajo esta consideración, si bien el compromiso de los Estados tiene como alcance el texto de los tratados internacionales, éstos –como explicamos anteriormente– constituyen “derechos de mínimos” que requieren por tanto de una interpretación evolutiva finalista, es decir, una interpretación progresiva en consonancia con su naturaleza. Esto conlleva a que sólo pueda ser interpretada en forma evolutiva “[l]a materia que ya ha sido implícita o explícitamente incluida en el texto de un tratado”²³⁷, *a fortiori*, las interpretaciones progresivas no deben ir en contra de las disposiciones textuales de la Convención²³⁸.

VALLEJO, *Instituciones de Derecho...*, cit., p. 90). En esa línea, dichas normas son calificadas como imperativas por la Convención de Viena en su artículo 53º al tiempo que gozan de la máxima jerarquía en el DI. Así, los intereses colectivos esenciales que pretenden proteger las reglas imperativas y perentorias se traducen en obligaciones *erga omnes* que conciernen a todos los Estados frente a toda la comunidad internacional. (Cfr. D. O'DONNELL, *Derecho internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª ed., Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México D.F., 2012, p. 68. Disponible en: http://www.derechoshumanosdf.gob.mx/work/models/DOCDH/PDFs/docdh_completa.pdf).

²³³ Cfr. A. SANTIAGO, “El Derecho Internacional...”, cit., p. 25.

²³⁴ Cuando veamos la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH notaremos que aspectos de una y otra postura se evidencian en sus criterios.

²³⁵ Para Pastor Ridruejo el tema del fundamento del DIDH también guarda relación con el reconocimiento de normas de *ius cogens* en la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de Tratados. Ello porque es posible entender que al reconocerse la nulidad de los tratados contrarios al *ius cogens*, los Estados han adoptado una posición sobre el tema de la fundamentación del Derecho internacional. (Cfr. J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., p. 43).

²³⁶ Cfr. A. SANTIAGO, “El Derecho Internacional...”, cit. p. 25.

²³⁷ Esto lo manifiesta el tratadista Álvaro Paúl Díaz haciendo referencia a lo dicho por Paul Mahoney, juez del TEDH en “Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”, p. 66. (Cfr. A. PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana in vitro: Comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Vol. 2, 2013, p. 324).

²³⁸ Cfr. Ídem.

En relación a las reservas, hay que mencionar que la CADH no las prohíbe expresamente y conforme al artículo 19º literal c) de la Convención de Viena: “Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: [...] c) que, [...] la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado”. En ese sentido, las reservas que formulen los Estados deben ser evaluadas en orden a establecer si son compatibles o no con la finalidad del tratado.

Respecto de la jurisdicción de los tribunales internacionales, ésta encuentra su fundamento en el texto y en la voluntad que le dio origen, por lo que efectivamente no debe abarcar supuestos no previstos en aquellos. Incluso, al ser reconocidos como intérpretes autorizados, esta autoridad les impele a orientar con cautela su discernimiento sobre la aplicación del tratado. A su vez, en relación con la posibilidad de denunciar la CADH, debemos remitirnos al artículo 78.1 del tratado que dicta las condiciones de este procedimiento²³⁹. Asimismo, en el numeral 2 del mismo dispositivo se precisa que “Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto”²⁴⁰.

Ahora bien, una situación que debemos valorar es que en los últimos años los aspectos secundarios del DIDH se han convertido en obligatorios e indisponibles. Ello ha ocurrido particularmente por obra de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, e incluso de

²³⁹ La CADH fue denunciada por Trinidad y Tobago después de importantes sentencias de la Corte Interamericana respecto de la aplicación de la pena de muerte en dicho país. Esta denuncia entró en vigor el 26 de mayo de 1999. Asimismo, el 9 de julio de 1999, durante el gobierno de Alberto Fujimori, Perú hizo un intento de retirar su reconocimiento de la competencia de la Corte IDH. El 24 de septiembre de 1999, el tribunal interamericano dictó una sentencia sobre competencia en la que resolvió que el pretendido retiro de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos era inadmisibile. Esta decisión se basó en que la CADH establece la posibilidad de denunciarla, pero no está previsto el retiro del reconocimiento de la competencia de la Corte. De igual manera, el 10 de septiembre de 2012 el Secretario General de la OEA recibió la nota formal de denuncia de la CADH por parte del Estado venezolano, denuncia que entró en vigencia el 10 de septiembre de 2013. Cabe mencionar que Venezuela como Estado miembro de la OEA, seguirá sujeto a la jurisdicción de la CIDH y a las obligaciones que le imponen la Carta de la OEA y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

²⁴⁰ En ese sentido, en el caso venezolano, las peticiones que la Comisión pueda recibir después del 10 de septiembre de 2013, donde se aleguen violaciones a los derechos humanos ocurridas antes de dicha fecha, serán tramitadas a la luz de las obligaciones del Estado bajo la CADH, y son susceptibles de ser conocidas por la Corte IDH.

algunos jueces nacionales que aceptan la idea²⁴¹. Nos referimos concretamente a la Corte IDH, la cual “[...] ha tendido a otorgar carácter de derecho imperativo para los Estados a un número creciente de las reglas y principios propios del derecho internacional de los derechos humanos; en sus interpretaciones ha ido más allá del texto expreso de la Convención Americana de Derechos Humanos [...]”²⁴².

Finalmente, debemos mencionar que no podemos fundar el DIDH en el *Pacta sunt servanda*, porque aunque este principio puede dar alcances del derecho convencional, no podría explicar la validez de otras fuentes del DIDH como la costumbre o los principios generales del derecho²⁴³. Como señaló Monroy Cabra “[...] esta comunidad internacional se rige por principios generales fundamentados en la naturaleza del hombre y en la justicia”²⁴⁴.

2. Fuentes formales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Al tratar las fuentes del DIDH debemos recordar previamente que la noción “fuente” no es unívoca. Por lo que en este caso debemos distinguir “fuente” de “causa”²⁴⁵, en el sentido que las fuentes que trataremos no son las causas de la existencia del DIDH²⁴⁶ sino sus fuentes formales, es decir, aquellos lugares donde se recoge expresamente el DIDH.

De este manera, el DIDH no es una rama fragmentada del DI sino únicamente un resultado del proceso de expansión y especialización de la disciplina²⁴⁷. Es por ello que al referirnos a las fuentes formales del DIDH, necesariamente tenemos que considerar las fuentes del DI como tal, las cuales se encuentran en el artículo 38.1 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia (en adelante, TIJ).

²⁴¹ Cfr. A. SANTIAGO, “El Derecho Internacional...”, cit., p. 25.

²⁴² Ídem.

²⁴³ Cfr. M. MONROY CABRA, *Derecho Internacional Público*, cit., p. 48.

²⁴⁴ Ídem.

²⁴⁵ Cfr. M. MONROY CABRA, “Aproximación al concepto de fuentes del derecho internacional”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos. Universidad del Rosario*, Vol. 7, N° 2, 2005, p. 82. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73370204>.

²⁴⁶ Esta distinción entre fuente y causa se parece a la separación entre fuente material y fuente formal. Siendo que la fuente material designa el origen del contenido de la regla y la formal es su formalización o consagración. (Cfr. MONROY CABRA, “Aproximación al concepto de fuentes...”, cit., p. 78).

²⁴⁷ Ver: J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., p. 203.

En ese sentido, consideramos que dicho artículo contiene las fuentes del DI porque, siguiendo a Diez de Velasco, en la modificación introducida en el Estatuto del TIJ respecto al que lo antecedió en el antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional, resalta lo señalado en la introducción del artículo 38º: “El Tribunal, cuya misión es **decidir conforme al derecho internacional** las controversias que le sean sometidas [...]” (resaltado propio). Con esta presentación, podemos ver con claridad que las fuentes enumeradas en el artículo 38º son las fuentes del DI²⁴⁸. Además, la doctrina internacionalista lo afirma también de forma prácticamente general²⁴⁹.

A su vez, pese a las críticas formuladas a las fuentes contenidas en dicha disposición²⁵⁰, lo cierto es que como señala Becerra Ramírez, no se ha creado una doctrina que se separe totalmente del Artículo 38º; sólo se le ha puesto en la mesa de discusiones y se le ha interpretado en forma amplia²⁵¹.

Sentado lo anterior, conforme al artículo 38.1 del Estatuto del TIJ, la CADH reviste el carácter de fuente principal, en tanto que se trata de una convención internacional regional y a la jurisprudencia de la Corte IDH se le da la calidad de fuente auxiliar o accesoria. Esto se condice con lo señalado en el artículo 68º del Pacto de San José, el cual se refiere únicamente a los efectos de las sentencias de la Corte IDH para el Estado que fue parte procesal pero no dice nada sobre el resto de Estados. Además, debemos considerar que de los 35 Estados que conforman la OEA, 20 han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH y por ende, la posibilidad de vincularse en estricto a los pronunciamientos de esta Corte²⁵².

En consecuencia, que la jurisprudencia internacional sea una fuente auxiliar del DIDH significa que no puede operar sola sino en función de otra fuente principal²⁵³, en este caso, en función de la CADH y, por eso, se le considera como “fuente interpretativa o cognitiva”²⁵⁴.

²⁴⁸ Cfr. M. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, *Instituciones de Derecho...*, cit., p. 117.

²⁴⁹ Ver: M. BECERRA RAMÍREZ, “Las decisiones judiciales...”, cit., p. 431.

²⁵⁰ Se puede ver J. CHARNEY, “Universal International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 87, Nº 4, 1993, pp. 529-551. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/i312272>. En este trabajo se critica la universalidad de la costumbre internacional en cuanto que es imposible medir, ante un creciente número de Estados, los dos elementos de la costumbre internacional.

²⁵¹ Cfr. M. BECERRA RAMÍREZ, “Las decisiones judiciales...”, cit., pp. 432-433.

²⁵² Ver el Informe Anual 2014 de la Corte IDH, p. 4.

²⁵³ M. MONROY CABRA, “Aproximación al concepto de fuentes...”, cit., p. 84.

²⁵⁴ Cfr. Ídem. Ver también J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., p. 83.

En esa línea, es relevante mencionar la trascendencia que viene cobrando la jurisprudencia de la Corte IDH con el transcurso del tiempo²⁵⁵. Ello demuestra que la interpretación jurisprudencial de este tribunal no siendo fuente independiente y autónoma, puede y debe contribuir a resolver situaciones violatorias de derechos humanos, así como a esclarecer los contenidos jurídicos de la Convención y coordinarlos con los ordenamientos jurídicos estatales.

Ahora bien, existen posiciones doctrinarias que sugieren que los Estados tendrían como costumbre internacional regional admitir que la jurisprudencia de la Corte IDH tiene un efecto jurídico vinculante general, es decir, para todos los Estados²⁵⁶. En ese sentido, la profesora Romero Pérez, en relación con las características de la costumbre internacional²⁵⁷ y para sentar la existencia de una regional, afirma: (1) No se ha precisado la generalidad de la práctica o comportamiento de los sujetos de derecho internacional; (2) tampoco se ha delimitado el periodo necesario para que una costumbre internacional se consolide, y por eso se le ha calificado como práctica “constante e ininterrumpida” para referirse a un grado de temporalidad exigible²⁵⁸; (3) en el caso del DIDH la reiteración de comportamientos puede ser interna, pues en este tema lo que le interesa al DI Público es sobre todo las relaciones que tienen los Estados con sus habitantes²⁵⁹; y (4) la costumbre internacional tiene una validez

²⁵⁵El profesor Alfonso Santiago recuerda que, al inicio, el DIDH y la jurisprudencia de los tribunales internacionales se ocuparon, principalmente, de las violaciones más graves de los derechos humanos (genocidios, desaparición forzada de persona, apartheid racial, etc.). Sin embargo, con el correr del tiempo y a raíz de la actividad de los organismos y tribunales internacionales, el DIDH ha comenzado a definir y resolver también otras cuestiones jurídicas como la vigencia del derecho de réplica, existencia y extensión de la doble instancia en materia penal, prohibición del uso del velo islámico en los establecimientos públicos, posibilidad y alcance de la revisión judicial de la actividad administrativa y los procesos de responsabilidad política, procedencia de la acción de amparo frente a los actos judiciales, validez de la legislación penal en materia de libertad de expresión, régimen sindical único o plural, etc., que anteriormente estaban ordinariamente sujetas al criterio final de las normas y jueces nacionales. (Cfr. A. SANTIAGO, “El Derecho Internacional...”, cit., pp. 8-9).

²⁵⁶ Cfr. X. ROMERO PÉREZ, *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 55.

²⁵⁷ El derecho consuetudinario no es sino la práctica generalizada de los Estados aceptada como derecho, de acuerdo con el artículo 31.1 del Estatuto del T.I.J., en esta definición se denotan dos elementos: 1) el elemento material, la práctica generalizada y 2) el elemento subjetivo, que es la creencia de que esta práctica es obligatoria (*opinio juris*). La costumbre ostenta la categoría de fuente principal.

²⁵⁸ Cfr. X. ROMERO PÉREZ, *Vinculación de las resoluciones...*, cit., p. 59.

²⁵⁹ Cfr. M. BECERRA RAMÍREZ, “Las decisiones judiciales...”, cit., p. 434.

general y, por lo mismo, vincula tanto a los sujetos de DI que participaron en su formación, como a los que se abstuvieron de hacerlo, e incluso a aquellos que posteriormente surgen²⁶⁰.

Sentadas estas premisas, avizora Romero Pérez la viabilidad de reconocer la configuración de costumbres internacionales regionales en materia de derechos humanos a partir del comportamiento interno de los Estados²⁶¹. Para ello menciona a las autoridades locales de los Estados partes en la CADH, específicamente a sus Cortes o Tribunales Constitucionales, los cuales a su juicio, reconocen el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH. Se refiere así a los pronunciamientos del TC peruano en diversos casos, dentro de los cuales destaca, por su literalidad, el caso Castillo Chirinos en el que, como vimos en el primer capítulo, el TC señala que la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH se extiende a su *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no fue parte procesal.

Menciona también los pronunciamientos del TC boliviano en el que establece que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para la jurisdicción interna²⁶²; de la Sala Constitucional de Costa Rica en el que señala que la interpretación de la Corte IDH tendrá el mismo valor de la norma interpretada²⁶³; de la Corte Suprema de Argentina en el que se determinó que las resoluciones de la Corte IDH sirven de guía para la interpretación de la CADH²⁶⁴; de la Corte Constitucional de Colombia en el que señaló que la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales en materia de derechos humanos²⁶⁵.

²⁶⁰ Cfr. J. BARBERIS, *Formación del Derecho Internacional*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 109-110. Citado por: X. ROMERO PÉREZ, *Vinculación de las resoluciones...*, cit., p. 59.

²⁶¹ Cfr. X. ROMERO PÉREZ, *Vinculación de las resoluciones...*, cit., p. 60.

²⁶² Ver Sentencia Constitucional 491/2003-R del 15 de abril de 2003, Tribunal Constitucional de Bolivia, citado por: X. ROMERO PÉREZ, *Vinculación de las resoluciones...*, cit., p. 65.

²⁶³ Cfr. R. PIZA ESCALANTE, “El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos. El ejemplo de Costa Rica”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, cit., p. 191.

²⁶⁴ Cfr. La Ley, Buenos Aires, T. 1995-D, p. 462, citado por: X. ROMERO PÉREZ, *Vinculación de las resoluciones...*, cit., p. 66. Cfr. C. CONSTELA, “Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los Tribunales de la República Argentina”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° 38, 2003.

²⁶⁵ Ver Sentencia C-010/00 de 19 de enero de 2000, considerando 7.

Sin embargo, a nuestro juicio, de las declaraciones de este grupo de cortes y tribunales constitucionales se muestra que algunos utilizan el término “vinculante” y otros la expresión “guía interpretativa” o “criterio hermenéutico relevante”. Además, tomando el criterio de O’Donnell, para justificar la existencia de dicha costumbre regional no se ha congregado a un grupo significativo de posturas de los distintos sistemas jurídicos que conforman la región²⁶⁶.

Considerando lo anterior, podemos sugerir dos posibilidades: o (a) No existe realmente un criterio uniforme de los Estados que establezca que la jurisprudencia de la Corte IDH tiene un efecto jurídico vinculante general, y que esto dé paso a la existencia de una costumbre internacional regional; o (b) Sí existe un criterio uniforme, sólo que los Estados entienden que considerar que las sentencias de la Corte IDH tienen un efecto vinculante general es lo mismo que considerarlas como guías o criterios interpretativos relevantes, por lo que utilizan una u otra expresión.

Es claro que en la primera posibilidad entendemos a la vinculatoriedad como distinta y hasta opuesta a lo que es un “criterio o guía hermenéutica relevante”. No obstante, Romero Pérez luego señala que: “[...] los operadores jurídicos de los Estados americanos partes en la Convención Americana reconocen que las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana son vinculantes **y que, por tanto, tienen el deber de incorporar en sus ordenamientos jurídicos internos las prácticas y/o directrices contenidas en esas resoluciones [...]**”²⁶⁷ (resaltado propio). De esta apreciación, podemos inferir entonces que “vinculante” y “criterio o guía hermenéutica relevante” no son realmente opuestos y que de la conjugación de estas expresiones es que Romero Pérez visualizó la existencia o viabilidad de una costumbre internacional regional, la cual se resumiría en un “deber de incorporación” a lo que podríamos completar “de los criterios hermenéuticos relevantes” dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH). Esto porque, como lo dijo la misma profesora, de la vinculatoriedad se deriva un deber de incorporación, lo cual posiblemente no

²⁶⁶ Cfr. D. O’DONNELL, *Derecho internacional...*, cit., p. 63.

²⁶⁷ X. ROMERO PÉREZ, *Vinculación de las resoluciones...*, cit., pp. 69-70.

implique como condición *sine qua non* de efectividad de dicha vinculación, su aplicación obligatoria.

Visto así, se tendría que concluir que sí existe un criterio uniforme de este grupo de Estados, que fue nuestra segunda opción interpretativa. Sin embargo, ¿se puede admitir una costumbre internacional regional general para todos los Estados parte de la CADH, que consiste en tomar como vinculante la jurisprudencia de la Corte IDH o, lo que es lo mismo, como una guía interpretativa relevante? En otras palabras ¿es posible considerar a la jurisprudencia de la Corte IDH como fuente principal del DIDH?

A estos cuestionamientos, podemos responder en dos sentidos: En primer lugar, no es posible afirmar con certeza que existe una costumbre regional general, puesto que sólo se ha mencionado a un grupo reducido de Estados y a lo que podría ser su postura uniforme²⁶⁸. Entonces para visualizar la existencia de una costumbre regional hace falta atender a las prácticas de un número significativo de Estados que conforman el SIDH. En segundo lugar, ya es bastante evidente que las sentencias de la Corte IDH tienen efectos vinculantes para los Estados, luego no es necesario ni adecuado a su naturaleza accesoria y subsidiaria, tener que trasladar su aplicación a la condición de costumbre o fuente principal para analizar o enfatizar dicha vinculatoriedad²⁶⁹. Al hacerlo, parece que se confunde el sentido de la vinculatoriedad con una aplicación obligatoria y entonces al creerse que la aplicación de aquella doctrina jurisprudencial es una práctica obligatoria, se concluye erróneamente que es una costumbre regional; siendo que su obligatoriedad como estamos viendo, no se infiere ni se aplica tan fácilmente.

En ese sentido, mientras que una costumbre internacional se origina de una práctica constante de los Estados con un criterio uniforme y que tiene para éstos fuerza vinculante, por lo que es siempre obligatoria; en el caso de la aplicación de la doctrina jurisprudencial

²⁶⁸ La profesora Romero, describiendo a la costumbre internacional, afirma que no se ha precisado la generalidad de la práctica, razón por la cual se refiere al comportamiento de unos pocos Estados. Sin embargo, en base al comportamiento de éstos sustenta la existencia de una costumbre regional general para todos los Estados.

²⁶⁹ Ello porque se corre el riesgo de desnaturalizar la labor de la Corte IDH si se cree que la razón y manera de explicar la vinculatoriedad de sus sentencias vendría justificada por la existencia de una costumbre internacional regional que demostraría la incorporación y aplicación de los criterios interpretativos interamericanos al interior de los Estados.

de la Corte IDH no se puede afirmar que sea una práctica constante, ni que haya un criterio uniforme respecto a su uso²⁷⁰, ni que para los Estados “vinculante” signifique que siempre la apliquen o sea obligatoria. Luego, como no reúne estas características, su empleo no es una costumbre regional general.

Estimamos entonces que desde el lugar de fuente accesoria que le ha otorgado la misma CADH –que creó la Corte IDH y la regula– es posible reconocer que el contenido de la doctrina jurisprudencial del tribunal es vinculante. Por lo tanto, lo cuestionable del asunto está en realidad en descifrar el significado, contenido y finalidad que tiene dicha “vinculatoriedad”, especialmente para el Estado peruano, y que se asocia imprescindiblemente a la naturaleza de las cláusulas IC que explicamos en el primer capítulo.

Finalizado este punto, corresponde que nos avoquemos por completo al surgimiento y trascendencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

C. SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS²⁷¹

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁷²

Como es sabido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) fue suscrita el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978, tras

²⁷⁰ Además, no resulta conveniente pensar en un criterio o comportamiento uniforme de los Estados si no descubrimos primero y cabalmente lo que entienden éstos por “vinculatoriedad” y, si acaso, hay uniformidad en dichos criterios.

²⁷¹ Respecto al contexto en el que se enmarca el surgimiento del SIDH, es necesario mencionar que: a) Su articulación responde a una integración interamericana que se fue gestando a partir del Congreso de Panamá (1826), la Primera Conferencia Internacional Americana (1890) que estableció la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas y su secretaría permanente, la Oficina Comercial de las Repúblicas Americanas, que devino en la Unión Panamericana (1910) y más tarde se convirtió en la OEA (1948); b) La Declaración Americana de derechos y deberes del hombre, no sólo representó el antecedente internacional más cercano a la DUDH y de la misma CADH, sino que enfatizó la “dignidad inherente” y el “valor de la persona”; afirmando a su vez que la persona está “dotada de razón y conciencia”, con una correlación entre sus derechos y deberes (Cfr. M. GLENDON, “El crisol olvidado: la influencia de América Latina en la idea de Derechos Humanos universales”, *Revista de Cultura Católica Ecclesia, Pontificio Ateneo Regina Apostolorum*, Vol. XV, número 4, 2001, pp. 506-511)

²⁷² En relación al antecedente más próximo a la CADH, tenemos que remitirnos a la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, llevada a cabo en Santiago de Chile en 1959. En dicha reunión se adoptaron importantes resoluciones referentes al desarrollo y fortalecimiento del sistema, destaca especialmente la resolución sobre “Derechos Humanos”. En ella se declaró que “[...] dados los progresos alcanzados en

haber obtenido la ratificación de once países²⁷³. El Pacto de San José al igual que los demás instrumentos sobre derechos humanos, no se basa en una relación de reciprocidad de las obligaciones asumidas, sino que tiene carácter objetivo dado que sus beneficiarios son las personas y no los Estados²⁷⁴. De este modo, mientras que en el DI, los tratados o convenciones tienen por finalidad establecer derechos y obligaciones recíprocas entre las partes, siendo éstas normalmente dos Estados o un Estado y una organización internacional; en materia de derechos humanos aunque los tratados se celebran entre Estados surgen principalmente derechos para los individuos y obligaciones para los Estados, porque su objetivo es la protección de aquéllos frente a los últimos²⁷⁵.

Aunado a ello, en el preámbulo del Pacto de San José se define a la protección convencional como “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. En ese sentido, cuando la CADH ingresa al derecho interno convierte a las personas en sujetos activos de los derechos reconocidos en las disposiciones convencionales, más allá de que éstas sean operativas o programáticas, cuestión ésta que plantea problemas diferentes al de la titularidad en sí misma²⁷⁶. En esa línea, para dilucidar la cuestión sobre la naturaleza de las disposiciones convencionales, el profesor Bidart

materia de derechos humanos después de once años de proclamada la Declaración Americana [...] “*se halla preparado el ambiente en el Hemisferio para que se celebre una convención*” [...]. Con tal propósito, en la parte I de la resolución se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un “*proyecto de Convención sobre derechos humanos* [...]”. (Cfr. A. OTÁROLA PEÑARANDA, “El derecho procesal supranacional interamericano”, en G. ETO CRUZ (Coord.) *Horizontes contemporáneos...*, cit., pp. 707-708).

²⁷³ Cfr. J. BARBERIS, “Consideraciones sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos como tratado internacional”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, cit., p. 243. Al respecto, Otárola Peñaranda señala que este tratado “es uno de los principales instrumentos jurisdiccionales de carácter internacional, que vincula a los Estados parte en lo referente a obligaciones y deberes a cumplir en materia de derechos fundamentales”. (A. OTÁROLA PEÑARANDA, “El derecho procesal...”, cit., p. 707). Recordemos que en el caso peruano la CADH fue aprobada por el Gobierno militar mediante el decreto ley 22231, publicado en el diario oficial El Peruano el 11 de julio de 1978. Pero esto se consideró insuficiente, y por tanto fue ratificado por la Asamblea Constituyente y así consta en la Decimosexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución de 1979. El instrumento de ratificación por parte del Perú es de 1978, reiterado en 1981. En vista de este último instrumento de ratificación depositado en la sede del Organismo, está vigente para el Perú desde noviembre de 1981. El 21 de enero de 1981, el Perú presentó en la Secretaría General de la OEA el instrumento de reconocimiento de la competencia de la CIDH y de la Corte IDH.

²⁷⁴ Cfr. J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., p. 203.

²⁷⁵ Cfr. C. NASH ROJAS, *La protección internacional...*, cit., p. 177. (Cfr. Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, § 29 y Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 134, § 104).

²⁷⁶ Cfr. G. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, cit., p. 292.

Campos sugiere que es posible partir de una presunción²⁷⁷, la cual es que las normas de la CADH son operativas a menos que de su formulación se desprenda claramente que son programáticas²⁷⁸.

Debemos tomar en cuenta que el carácter autoejecutivo o no de la disposición corresponde a la naturaleza misma de la norma que surge en el plano del DI²⁷⁹ y no está relacionado con la forma como ingresa al ordenamiento de cada Estado o a la jerarquía que ostente. No obstante, la determinación del carácter autoaplicativo o no de una norma tiene incidencia directa en su cumplimiento en el orden interno e internacional, por lo que si la norma no es autoejecutiva no bastará con su incorporación en el Derecho interno, sino que será necesario que el Estado ponga en práctica medidas legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra naturaleza que hagan posible que las normas sean efectivamente aplicadas en la esfera nacional. Si por el contrario es autoejecutiva, resultará en principio suficiente que el Estado la incorpore en su Derecho interno para que ésta pueda ser invocada por los particulares y el Estado mismo²⁸⁰.

En esa línea, es posible identificar normas convencionales que sin dejar de aplicarse directamente porque son parte integrante del orden interno y representan una clara obligación, carecen de eficacia directa puesto que requieren de la actuación de los Estados para desplegar plenamente todos sus efectos²⁸¹. Hacemos esta distinción porque más adelante

²⁷⁷ Para Henríquez Viñas “por regla general, los tratados de derechos humanos gozan de la presunción de la auto aplicabilidad o la auto ejecución de sus normas, lo que permite a las personas destinatarias de aquéllos la posibilidad de invocarlos, sin necesidad de desarrollo legislativo previo, frente al Estado en cuestión”. (M. HENRÍQUEZ VIÑAS, “Sistema integrado de protección de los derechos humanos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Año 5, Nº 2, 2007, p. 123. Disponible en: http://www.cecocoh.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/5n_2_5_2007/8_sistema_integrado.pdf).

²⁷⁸ Cfr. G. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, cit., p. 302. Añade Bidart que “[u]n buen test para distinguir cuándo una norma de estos tratados es de una clase o de otra es el de la redacción gramatical de la norma. Cuando ésta enuncia, por ejemplo, que “toda persona *tiene* tal derecho”, o que a ella “se le *reconoce* tal derecho”, y con un razonamiento de sentido común se capta del resto de la fórmula lexical que ese derecho es susceptible de goce y ejercicio *directos* en virtud de la misma norma, ésta ha de considerarse *operativa*, aunque acaso diga luego que el derecho se tiene o se reconoce o se ejercer “conforme a la ley”. [...] En cambio, cuando una norma de los tratados estipula que la ley “*debe*” o “*deberá*” hacer tal o cual cosa, o que se adoptarán las medidas para tal otra, sin aludir a que “se tiene” tal derecho, hay que conceder —como principio— que la norma es *programática* [...]”. (G. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, cit., p. 303).

²⁷⁹ Cfr. E. SALMÓN GÁRATE, *El Derecho Internacional...*, cit., p. 77.

²⁸⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 78.

²⁸¹ Cfr. *Ibidem*, p. 82.

veremos que de acuerdo a las características de la obligación contenida en el artículo 2º de la CADH, puede tratarse de una disposición de aplicación directa pero cuya eficacia está principalmente a cargo del Estado.

Ahora bien, en la segunda parte del Pacto de San José, se establece como medios de protección a la CIDH y a la Corte IDH, los cuales son órganos competentes para conocer de los asuntos relativos al cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la CADH²⁸².

2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH se creó en 1959 con la misión de promover el respeto de los derechos enunciados en la Declaración Americana. En ese sentido, la CIDH existía en la OEA antes de la entrada en vigor de la CADH²⁸³. Señala Gros Espiell que todavía en estos días, luego de la entrada en vigencia de la CADH, para los Estados no partes en ella, los derechos que la Comisión promueve y protege son los enunciados en la Declaración²⁸⁴. Para un estudio más exhaustivo de la naturaleza y funciones de la CIDH nos remitimos a los trabajos de especialistas como Cançado Trindade²⁸⁵, Pastor Ridruejo²⁸⁶, Gros Espiell²⁸⁷ y Buergenthal²⁸⁸.

²⁸² De conformidad con el artículo 33º del Pacto de San José.

²⁸³ Cfr. J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., p. 230.

²⁸⁴ Cfr. H. GROS ESPIELL, “La Declaración Americana: Raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derecho americano”, *Revista IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. especial, 1989, p. 59. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/multic/revistaiidh.aspx?contenido=cf53eb8f-a0d2-478c-b17e-b4622b20f25a&Portal=IIDH>. Ver también: Artículo 20.a del Estatuto de la CIDH.

²⁸⁵ Ver A. CANÇADO TRINDADE, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995): Evolución, estado actual y perspectivas”, en *Derecho Internacional y Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, 2005, p. 50 y ss.

²⁸⁶ Ver J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., p. 230 y ss.

²⁸⁷ Ver H. GROS ESPIELL, “La Declaración Americana...”, cit., p. 59 y ss.

²⁸⁸ Ver T. BUERGENTHAL, “El Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos”, *Anuario Jurídico Interamericano*, Secretaría General de la OEA, Washington D.C., 1982, p. 113. También se puede ver A. OTÁROLA PEÑARANDA, “El derecho procesal...”, cit., p. 714 y ss.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁸⁹

La Corte IDH como órgano jurisdiccional²⁹⁰ tiene asignadas dos competencias: la contenciosa prevista en el artículo 62º de la CADH y la consultiva regulada en su artículo 64º. Esta última es particularmente amplia, dado que todos los Estados miembros de la OEA (hayan o no ratificado la Convención) y todos los órganos mencionados en el capítulo X de la Carta de la OEA (Asamblea General, Consejo Permanente, CIDH, entre otros) pueden formular consultas a la Corte IDH respecto a la interpretación de la CADH o de otros tratados relativos a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, la determinación de la compatibilidad entre las leyes internas de éstos y el Pacto de San José u otros tratados²⁹¹.

En el caso de la competencia contenciosa de la Corte, ésta la faculta para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención cuando se sustenten presuntas infracciones por parte de los Estados²⁹². Para ello, es necesario

²⁸⁹ El antecedente más cercano a la creación de la Corte IDH, lo encontramos también en la resolución sobre derechos humanos de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. Así, al encomendarse al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto de convención sobre derechos humanos, también se encargó “[...] el proyecto o proyectos de convención sobre la creación de una Corte Interamericana de Protección de los Derechos Humanos y de otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos”. El Consejo de Jurisconsultos elaboró un proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, que contenía además de la parte sustantiva y procesal, la creación y funcionamiento de una Corte. (Cfr. A. OTÁROLA PEÑARANDA, “El derecho procesal...”, cit., p. 708).

²⁹⁰ A la Corte IDH les son aplicables además de la CADH, las normas de su estatuto, el cual aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su IX periodo de sesiones en la Paz (Bolivia) en 1979 y entró a regir desde 1980, año en que igualmente se aprobó su primer reglamento, en su III Periodo Ordinario de Sesiones. Actualmente, se encuentra vigente su quinto reglamento aprobado por la Corte en su LXXXV Periodo Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009 y en vigor desde enero de 2010. Para mayor abundamiento sobre la exposición de motivos de la Reforma Reglamentaria se puede recurrir a: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_motivos_esp.pdf

²⁹¹ Cfr. A. CANÇADO TRINDADE, “El sistema interamericano...”, cit., p. 59. También se puede ver: E. FERRER MAC-GREGOR, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión trasnacional del derecho procesal constitucional)”, en D. VALADÉS y otro (Coords.), *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Tomo III, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001, pp. 221-222. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/94/12.pdf>. En ese sentido, hasta el mes de marzo del año 2015, 22 opiniones consultivas han sido emitidas por la Corte IDH, siendo la última solicitada el 7 de julio de 2011 por los países de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay respecto a los Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, y formulada por la Corte IDH el 19 de agosto de 2014. Para mayor profundización del contenido de las opiniones consultivas, se puede ingresar al portal de la Corte IDH. <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>

²⁹² Debemos precisar que sólo la CIDH y los Estados partes tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte IDH, así lo señala expresamente el artículo 61.1 de la CADH.

que previamente los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan la competencia contenciosa del tribunal interamericano²⁹³.

Como característica esencial de la labor jurisdiccional que desempeña la Corte IDH podemos destacar en primer lugar, su naturaleza subsidiaria. Ésta responde a una lógica de distribución de tareas complementarias pero distintas, no equiparables ni intercambiables²⁹⁴. En esa línea Paolo Carozza explica que la subsidiariedad permite avanzar en una comprensión del bien común basado en la totalidad de las condiciones necesarias para lograr una vida humana completa y de este modo se reconoce la libertad de la persona de perseguir la protección de sus derechos por diferentes vías²⁹⁵. Además, como no existe comunidad perfecta y autosuficiente, es necesaria la intervención de la comunidad internacional que tiene la obligación de ayudar a las comunidades más pequeñas a lograr sus fines, sin abocarse a cuestiones que por sí mismas ellas pueden realizar²⁹⁶ y sin suplantar su libertad para alcanzar su propios fines²⁹⁷. De esta manera, la subsidiariedad promueve la integración y puesta en marcha del sistema de protección nacional e internacional en una sola comunidad de diálogo.

El principio de subsidiariedad tiene dos dimensiones: una procesal y otra sustantiva. La primera se evidencia en dos aspectos: (a) la naturaleza de los tribunales internacionales; y (b) la regla del agotamiento previo de los recursos internos²⁹⁸. En relación al primer aspecto, explicamos previamente que la naturaleza de los tribunales internacionales de derechos

²⁹³ Conforme al artículo 62.2 de la CADH, la jurisdicción contenciosa puede ser aceptada por los estados en las siguientes modalidades: a) incondicionalmente, b) bajo condición de reciprocidad, c) por un plazo determinado y d) para un caso específico.

²⁹⁴ Cfr. J. CALLEWAERT, “La Subsidiariedad dans L’Europe des Droits de L’Homme: La Dimension Substantielle”, en M. VERDUSSEN (Dir.), *L’Europe de la Subsidiarité*, Bruylant-Bruselas, 2000, p. 16. Citado por: A. SANTIAGO, “El principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Comunicación en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional, el 7 de agosto de 2013, p. 442.

²⁹⁵ Cfr. P. CAROZZA, “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 97, Num. 1, Scholarly Works, Paper 564, pp. 47 y 49. Disponible en: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564/.

²⁹⁶ Cfr. Ibidem, p. 57.

²⁹⁷ Cfr. Ibidem, p. 58.

²⁹⁸ Cfr. M. DEL TORO HUERTA, “El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano”, en M. BECERRA RAMÍREZ, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a Veinticinco años de su funcionamiento*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2007, p. 28. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2496/7.pdf>.

humanos no es sustituir a los tribunales nacionales porque ello no es equivalente a una protección coadyuvante o complementaria.

En cuanto al segundo aspecto, de la lectura conjunta de los artículos 44° a 47° de la CADH se desprende la regla del agotamiento previo de los recursos internos²⁹⁹, según la cual para que sea admisible una denuncia o comunicación presentada ante la Comisión, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del DI generalmente reconocidos³⁰⁰. Esta regla tiene por finalidad evitar que el Estado responda ante un órgano internacional, sin antes tener la oportunidad de remediar esos actos en sus propios tribunales locales³⁰¹. Cabe mencionar que esta regla tiene sus excepciones previstas en el 46.2 de la CADH, en relación a lo cual la Corte IDH ha resaltado

²⁹⁹ Sobre este tema podemos consultar H. SALGADO PESANTES, “Derecho procesal constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de derechos humanos”, en E. FERRER MAC-GREGOR y otro (Coords.), *Constitución, Derecho y Proceso. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, IDEMSA, Lima, 2010, p. 823. Asimismo, la regla del agotamiento de los recursos internos fue analizada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11.

³⁰⁰ Estos principios de DI se refieren, según la doctrina internacional, a aquellos fundamentos del Derecho Internacional Público que imponen derechos y obligaciones, y que se encuentran en la costumbre internacional y en los tratados internacionales. Para Becerra Ramírez un ejemplo son los principios contenidos en el artículo 2 de la Carta de Naciones Unidas, es decir, los principios de no intervención, de solución pacífica de controversias, de integridad territorial, etc. El autor concluye que el principio de agotamiento previo es un principio del DI generalmente reconocido, en su perspectiva de principio del derecho procesal internacional. (Cfr. M. BECERRA RAMÍREZ, “Las decisiones judiciales...”, cit., p. 441). También se puede ver: M. D’STEFANO PISANI, *Fundamentos del Derecho Internacional Público contemporáneo*. Tomo I, Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, Cuba, 1985.

³⁰¹ Cfr. A. SANTIAGO, *El principio de subsidiariedad...*, cit., p. 445. Por su parte, en relación a esta regla la Corte IDH ha dicho que el Estado demandado podrá renunciar en forma expresa o tácita la invocación de la regla. Además, que la regla de excepción de no agotamiento de los recursos internos, para ser oportuna deberá plantearse en las primeras etapas del procedimiento, a falta de lo cual se presume la renuncia tácita del Estado interesado a valerse de la misma. Dicha renuncia una vez producida es irrevocable. Luego, el Estado que alega el no agotamiento debe señalar los recursos internos que deben agotarse y proporcionar la prueba de su efectividad. (Ver Corte IDH, Caso de Comunidad Moiwana vs Suriname, sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C, núm. 124, § 49).

que no basta la existencia de recursos internos sino que éstos han de ser efectivos y adecuados³⁰², en caso contrario se coloca a una persona en estado de indefensión³⁰³.

De esta manera, a partir de la complementariedad de los deberes de las partes, en el caso del demandante de buscar previamente la reparación de la lesión a sus derechos a través de los recursos internos eficaces y de parte del Estado demandado de asegurar en su jurisdicción una eficaz administración de justicia y pronta reparación de los daños; se reafirma la función clave de protección reservada por los propios tratados de derechos humanos a los tribunales nacionales y se fomenta el perfeccionamiento de los sistemas nacionales de protección judicial³⁰⁴. Además, en la línea del primer aspecto, se deja claro el rol subsidiario de la Corte IDH en razón a que la finalidad primordial es brindar recursos capaces de remediar la situación infractora y reparar los daños causados y no el proceso mecánico de agotamiento³⁰⁵.

Por otro lado, siguiendo a Del Toro Huerta, podemos afirmar que la dimensión sustantiva del principio de subsidiariedad se manifiesta en: (a) El reconocimiento de que existe una complementariedad entre el contenido normativo dispuesto por la CADH y el catálogo de derechos fundamentales contenido en los ordenamientos jurídicos internos; (b) la universalidad de los derechos humanos y la progresiva conformación de un orden público

³⁰² La Corte IDH ha dicho que los recursos son adecuados cuando su función dentro del sistema de derecho interno es idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Un recurso debe ser también eficaz, capaz de producir el resultado para el cual ha sido concebido. (Ver Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, § 64 y 66; Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, § 67 y 69; Caso Fairén Garbi y Solís Corrales Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6, § 87-88; Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 17, § 63).

³⁰³ Ver Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, § 130. Sumado a ello la Corte IDH ha mencionado que el artículo 25.1 de la CADH, incorpora el principio de la efectividad de los instrumentos o mecanismos procesales de protección destinados a garantizar tales derechos. (Ver Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs El Salvador, sentencia del 1 de marzo de 2005, Serie C, núm. 120, § 76).

³⁰⁴ A. CANÇADO TRINDADE, “A regra do esgotamento dos recursos internos revisitada: desenvolvimentos jurisprudenciais recentes no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos”, en *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio*, cit., p. 28. Citado por: M. DEL TORO HUERTA, “El principio de subsidiariedad...”, cit., p. 56.

³⁰⁵ Cfr. A. CANÇADO TRINDADE, *The application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law. Its rationale in the International Protection of Individual Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983, p. 19. Citado por: M. DEL TORO HUERTA, “El principio de subsidiariedad...”, cit., p. 56.

internacional; y (c) la pluralidad de las comunidades nacionales y el reconocimiento de la diversidad cultural³⁰⁶.

En síntesis, de los tres aspectos anteriores podemos concluir que la CADH con el plexo de derechos y deberes que regula no pretende sustituir el contenido normativo del derecho interno en materia de derechos humanos sino reforzarlo y completarlo, en atención a que se trata en muchos casos de normas de *ius cogens* perentorias a nivel internacional, razón por la que se busca la progresiva conformación de un orden público internacional. En ese sentido, el tercer elemento es trascendental, puesto que devela que en la protección convencional se cuenta con la pluralidad y diversidad de los Estados y por ello, al aplicarla, se debe apreciar la efectiva protección que puedan otorgar los criterios jurisprudenciales de las instancias nacionales ajustados a los distintos contextos en los que viven los titulares de los derechos.

De esta manera,

“[E]n su dimensión sustantiva el principio de subsidiariedad procura establecer un equilibrio entre la unidad de derechos y la diversidad de contextos políticos, sociales y culturales que permite y garantiza, de alguna forma, el surgimiento de estándares comunes sobre la base de un diálogo entre los diferentes sistemas constitucionales. Diálogo indispensable tomando en cuenta la naturaleza descentralizada del DIDH”³⁰⁷.

Y añadido a ello, la subsidiariedad en su dimensión procesal busca garantizar la efectividad de los derechos donde ésta sea posible al igual que establecer un marco jurídico procesal que defina los alcances y limitaciones del sistema internacional³⁰⁸. En líneas generales, la subsidiariedad que caracteriza a la Corte IDH, no está orientada a establecer una jerarquía entre la fuente nacional e internacional de derechos humanos sino a hacer operativo y práctico el funcionamiento de ambas para lograr la protección concreta de los derechos³⁰⁹.

Por otro lado, un rasgo adicional que caracteriza al tribunal de San José es que no constituye una corte de alzada o una cuarta instancia. En mérito a esta característica es que se ha elaborado la “fórmula de la cuarta instancia”, la cual es un mecanismo de deferencia y

³⁰⁶ Cfr. M. DEL TORO HUERTA, “El principio de subsidiariedad...”, cit., p. 28.

³⁰⁷ Ibidem, p. 61.

³⁰⁸ Cfr. Ídem.

³⁰⁹ Cfr. Ibidem, p. 60.

auto restricción de las instancias internacionales respecto de las nacionales³¹⁰. La propia Corte IDH ha destacado que no es un tribunal penal ni puede ser considerada como una cuarta instancia³¹¹. Luego, la función de este tribunal es determinar si los Estados que han ratificado la CADH y han aceptado su competencia contenciosa, tienen responsabilidad internacional respecto a la violación de derechos humanos contenidos en la Convención mas no declarar la responsabilidad de individuos o personas concretas³¹².

En esa línea, para explicar la fórmula de la cuarta instancia es necesario que recurramos al principio de pluralidad de instancias, es decir, nos acerquemos al derecho interno y al tratamiento de este principio procesal que surte también sus efectos en la esfera internacional. Bajo esta premisa, es posible que considerar a la Corte IDH como una cuarta instancia provenga de creer erradamente que a nivel interno, el recurso de casación ante la Corte Suprema es una tercera instancia³¹³, con independencia del proceso que se sigue ante la jurisdicción constitucional.

Esta presunción es inexacta en tanto se opone al principio de pluralidad de instancias consagrado en el artículo 139.6 de la Constitución, el cual está ligado al reconocimiento de la doble instancia únicamente. El mismo TC peruano se ha referido a este principio en sus

³¹⁰ Cfr. Ibídem, p. 43. También se puede ver: G. BIDART CAMPOS y S. ALBANESE, *Derecho Internacional...*, cit., p. 87.

³¹¹ Corte IDH. Caso Palma Mendoza y otros Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 247, §11 al 19; Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240, §38 al 41. También ha dicho que “no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional”. Corte IDH, Caso Genie Lacayo vs Nicaragua, sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C, número 30, § 94.

³¹² Cfr. H. SALGADO PESANTES, “Derecho procesal constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de derechos humanos”, en E. FERRER MAC-GREGOR y otro (Coords.) *Constitución, Derecho y Proceso...*, cit., p. 824.

³¹³ El Magistrado Urviola Hani en el fundamento de su voto en la STC Exp. N° 08469-2013-PA/TC, precisó que “[E]l recurso de casación no constituye un medio impugnatorio adicional [sino es más bien] un recurso de naturaleza eminentemente extraordinaria que no resulta procedente en todos los casos [...]. Además, no tiene por finalidad propiamente revertir los efectos de lo decidido por las instancias inferiores sino que, antes bien, se recurre a la instancia superior, la Corte Suprema, a efectos de unificar criterios en torno a la interpretación de determinada norma legal o al establecimiento de determinado criterio jurisprudencial”. Es así que el artículo 384° del Código Procesal Civil señala expresamente que el recurso de casación “[...] tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia”. En buena cuenta, se trata de un recurso de naturaleza propiamente nomofiláctica antes que reparadora.

diversos pronunciamientos³¹⁴, dentro de los cuales destacamos aquel en el que sostuvo: “[...] la instancia *plural* [...] queda satisfecha con la duplicidad de la instancia, sin necesidad de que sean más de dos las instancias procesales reguladas”³¹⁵. En consecuencia, si no hay tercera instancia en el ordenamiento jurídico peruano, no es posible que exista una cuarta instancia y que ésta se encuentre representada por la Corte IDH³¹⁶.

En consonancia con lo anterior, el entonces presidente de la Corte IDH en el año 2007, Sergio García Ramírez, señaló en el Informe que presentó ante la Asamblea General de la OEA, que:

“La Corte Interamericana no constituye una tercera o cuarta instancia para la revisión de las sentencias nacionales. Su misión es proveer a la armonización del orden interamericano sobre derechos humanos a través de la interpretación de las normas contenidas en los instrumentos internacionales que los Estados han adoptado [...]. La verdadera trascendencia de los pronunciamientos de la Corte radica en la influencia que ejercen sobre la orientación de las decisiones internas, legislativas, judiciales o administrativas [...]. Si la tutela del ser humano es la decisión fundamental primordial en las constituciones nacionales y en los textos internacionales, los dilemas se diluyen y la coincidencia surge con naturalidad”³¹⁷.

Previamente el mismo juez había ya precisado que llamar a la Corte interamericana tercera o cuarta instancia y, en todo caso, una última instancia, obedece a una percepción popular que no corresponde a la competencia del tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos³¹⁸.

³¹⁴STC Exp. N° 4235-2010-PHC/TC, fundamento jurídico 9; STC Exp. N° 0607-2009-PA, fundamento jurídico. 51; STC Exp. N° 1243-2008-PHC, fundamento jurídico 2; STC Exp. N° 5019-2009-PHC, fundamento jurídico 2; STC Exp. N° 2596-2010-PA, fundamento jurídico 4.

³¹⁵STC Exp. N° 4235-2010-PHC/TC, fundamento jurídico 15. Cfr. STC Exp. N° 6149-2006-PA, fundamento jurídico 26 y 27. En ese sentido, por la naturaleza y estructura que tienen los recursos de impugnación en el sistema jurídico peruano éste ha sido pensado para ser un sistema de doble instancia. Esta moción está apoyada en el criterio del Magistrado Vergara Gotelli en el fundamento de su voto en la STC Exp. N° 4235-2010-PHC/TC, fundamento 6.

³¹⁶ Ver: J. HERRERA PÉREZ, “Control judicial internacional...”, cit., p. 778.

³¹⁷S. GARCÍA RAMÍREZ, “Informe del Presidente de la Corte IDH ante la Asamblea General de la OEA”, Panamá, 5 de junio de 2007, p. 3. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_06_06_07.pdf.

³¹⁸ Ver Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en Corte IDH. Caso Vargas Areco vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 155, § 3.

Asimismo, la fórmula de la cuarta instancia se complementa con el efecto de cosa juzgada de derecho interno ante la jurisdicción interamericana y esto nos permite referirnos desde otro ángulo a la condición de la Corte IDH como un tribunal independiente al fuero nacional, dado que en virtud de la separabilidad entre el proceso interno y el proceso interamericano, se determina la inmutabilidad de la cosa juzgada nacional³¹⁹. Al respecto, Ferrer Mac-Gregor señaló que el efecto de cosa juzgada constituye una institución procesal que consiste –citando a Couture– en "la autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial cuando no proceden contra ella recursos ni otros medios de impugnación, y cuyos atributos son la coercibilidad, la inmutabilidad y la irrevisibilidad en otro proceso posterior"³²⁰.

En mérito a lo anterior, se admite que la intervención de la Corte IDH no afecta la calidad de cosa juzgada de la sentencia interna³²¹ que en última instancia es necesario obtener para luego acudir a la jurisdicción interamericana³²². Esto es así porque el proceso

³¹⁹ El respaldo jurídico de la cosa juzgada nacional, lo encontramos en el artículo 139 inciso 2 de la Constitución peruana. El mismo TC peruano señaló que la inmutabilidad de la cosa juzgada es una de las garantías de la impartición de justicia por la Constitución. (Ver STC Exp. N° 00574-2011-PA/TC, fundamento jurídico 3 y 5; Exp. N.º 4587-2004-AA/TC, fundamento jurídico 38).

³²⁰ E. COUTURE, Voz "cosa juzgada", en *Vocabulario Jurídico, Español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán*, 4ª ed., corregida, actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa, Julio César Faira (Ed.), Montevideo, 2010, pp. 211 y 212. Citado por: E. FERRER MAC-GREGOR, "Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del *caso gelman vs. Uruguay*)", *Revista Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Vol. 11, N° 2, 2013, p. 655. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002013000200017&script=sci_arttext#39. Por su parte, Jairo Herrera citando al profesor colombiano Jaime Azula señala que el principio de cosa juzgada "consiste en revestir a las sentencias de una calidad especial, en virtud de la cual no se permite que las partes, frente a quienes se profirió esta, puedan volver a instaurar un segundo proceso con base en los mismos pedimentos y sobre iguales hechos. Obedece a la necesidad de darles el carácter definitivo a las sentencias y evitar así que se susciten, por las mismas cuestiones, segundos procesos. (Cfr. J. AZULA CAMACHO, *Manual de Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso*, 4ª ed., Temis, Bogotá, 1993, p. 76. Citado por: J. HERRERA PÉREZ, "Control judicial internacional...", cit., p. 780. Ver también: A. QUIROGA LEÓN, "Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cosa juzgada en los tribunales nacionales", *Revista Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Vol. 4, N° 2, 2006, p. 410. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82040117>).

³²¹ Desde su postura, Barrios Gonzáles precisa que en materia de derechos humanos la cosa juzgada nacional no opera como un efecto excluyente en el proceso ante la Corte interamericana de un caso de violación de derechos humanos porque éste se haya ventilado en un proceso de responsabilidad conforme al derecho interno de un Estado parte; por el contrario, la cosa juzgada nacional opera como una cuestión prejudicial que se traduce en una condición de procedibilidad para invocar la jurisdicción interamericana. (Cfr. B. BARRIOS GONZÁLEZ, "La cosa juzgada nacional y el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos por los Estados parte", *Revista Semestral de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Año 4, N° 2, 2006, p. 367. Disponible en: http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/4n_2_2006/15.pdf).

³²² Cfr. G. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo III, Primera Reimpresión, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 558.

internacional es distinto e independiente del tramitado y finiquitado ante el tribunal interno³²³ y no es tampoco un nuevo proceso sobre la “misma materia”, en razón a que lo decidido por la Corte IDH con fuerza de cosa juzgada internacional versa sobre la interpretación y aplicación de la CADH, en orden a establecer si hubo o no alguna violación de uno o más derechos contenidos en ella³²⁴. A su vez, si bien la CADH forma parte del derecho interno, el tribunal de San José la interpreta y aplica como tratado internacional que obliga al Estado tanto en jurisdicción interna como en jurisdicción internacional, así cuando verifica y falla que ha sido transgredido no toma en consideración los mismos argumentos ni la misma materia que han juzgado previamente los tribunales internos³²⁵.

Esencialmente no le atañe a la Corte IDH entrar al análisis de la constitucionalidad o inconstitucionalidad que de acuerdo al derecho interno pueden afectar al acto o la omisión contrarios al Pacto ante la jurisdicción internacional, lo cual esclarece que no hay identidad total de “materia” entre lo juzgado en sede interna y lo que se debe juzgar en sede interamericana. Ocurre, no obstante, que sentencias internacionales son contrarias a sentencias internas previas con calidad de cosa juzgada, pese a que no se trata de la “misma cuestión en su total dimensión”, fundamentalmente por la diferencia parcial del derecho aplicable. En estos casos y en general, abierta la jurisdicción de la Corte IDH, se asume el riesgo de oposición entre las sentencias³²⁶, sin que ello amerite que se le permita al tribunal internacional revisar, modificar o revocar las sentencias internas³²⁷. Luego, recalamos que en estricto no hay una afectación a la cosa juzgada nacional.

A nivel jurisprudencial, la Corte IDH ha coincidido con este razonamiento³²⁸; sin embargo, ha considerado después que si el Estado ha violado o no sus obligaciones

³²³ Cfr. *Ibidem*, p. 557.

³²⁴ Cfr. *Ídem*. Ver también el Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en el caso *Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, § 4.

³²⁵ Cfr. G. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, cit., p. 557.

³²⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 558

³²⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 559

³²⁸ El tribunal de San José ha recalado que “[...] en la jurisdicción internacional las partes y la materia controvertida son, por definición, distintas de las de jurisdicción interna”. (Corte IDH. caso *Cesti Hurtado vs Perú*, sentencia de excepciones preliminares, de 26 de enero de 1999, § 47). En efecto, según el artículo 44º de la CADH, “cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocidas en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte” lo que significa que no sólo la víctima o sus

internacionales en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que esta Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la CADH³²⁹, lo cual incluye, eventualmente, las decisiones de tribunales superiores³³⁰. Aclaró la Corte que el examen sobre los procesos internos que realice será desde la integralidad de los procesos, es decir, un examen del conjunto de las actuaciones judiciales internas para obtener una percepción integral y sin entrar a investigar y sancionar la conducta individual de los agentes del Estado que hubiesen participado en las violaciones, sólo con el fin de establecer la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos humanos³³¹.

De este modo, tras constatar tanto lo que la CADH establece como la naturaleza de la Corte IDH con lo que ésta ha manifestado posteriormente, autores como Drnas de Clément sostienen que este tribunal sí ha obrado como una cuarta instancia. Para evidenciar ello, se enumera una serie de casos en los que el tribunal ha dispuesto: la prohibición de aplicar leyes de amnistía o prescripción³³²; la reapertura del proceso³³³; la suspensión de los efectos del proceso y la sanción establecida en la sentencia del orden interno³³⁴; la realización de

familiares puede elevar solicitudes ante la CIDH, además que esta última será finalmente la demandante ante la Corte IDH y el Estado parte será el demandado. De igual forma, los hechos que se discuten ante la Corte IDH son distintos a los ventilados en el proceso interno de cada Estado, porque como el mismo tribunal interamericano lo ha señalado en el caso citado previamente “[...] el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si la supuesta víctima violó la ley peruana, sino si el Perú ha violado las obligaciones internacionales”.

³²⁹ Cfr. Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” Villagrán Morales y otros vs Guatemala, Fondo, sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63, §222; Caso Escher y otros vs Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de julio de 2009, serie C, núm. 200, § 44; caso Da Costa Cadogan vs Barbados, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de septiembre de 2009, serie C, núm. 204, §12.

³³⁰ Cfr. Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros vs Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, § 49.

³³¹ Cfr. Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” Villagrán Morales y otros vs Guatemala, Fondo, sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63, §223 y § 224.

³³² Cfr. Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C Nº 75, § 4 de la decisión; Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C Nº 101, § 276.

³³³ Cfr. Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C Nº 100, §162.

³³⁴ Cfr. Corte IDH. Caso Kimel Vs Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C Nº 177, § 121 al §123.

modificaciones al derecho interno³³⁵; la adopción de medidas de derecho interno³³⁶ o la adecuación en un plazo razonable de su derecho interno a la CADH³³⁷; la iniciación del “procedimiento para suscribir y promover la ratificación de la Convención Internacional sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad, [...] dentro de los 30 días de suscrito el acuerdo”³³⁸; la reincorporación a las actividades previas a la violación, la reinscripción en el sistema de seguridad social y sistema jubilatorio con efecto retroactivo³³⁹; la anulación (o falta de efectos jurídicos) de ciertas disposiciones del derecho interno³⁴⁰; la derogación de normas o procesos³⁴¹; el deber de efectuar el control de convencionalidad³⁴²; la anulación de los efectos de una sentencia penal³⁴³; entre otros, como manifestaciones del comportamiento de la Corte IDH como una cuarta instancia.

De esta manera, el que la Corte directamente declare que leyes nacionales “carecen de efectos jurídicos”, implica un obrar fuera de las competencias que le otorga la CADH. De Clément nos recuerda que el art. 63.1 del Pacto señala que cuando la Corte decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, dispondrá que se garantice “al lesionado” el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización “a la parte lesionada”. Lejos de tal mandato está la declaración *general* de ineficacia de normas internas o su ampliación a “otros casos”, como si se tratara de un pronunciamiento de carácter legislativo y no de una sentencia, cuya decisión es válida sólo para el o los Estados del contencioso y

³³⁵ Cfr. Corte IDH. Caso La Última Tentación de Cristo Vs. Chile (Olmedo Bustos y otros). Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C Nº 73, §85, resolutive 4; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C, Nº 135, § resolutive 13.

³³⁶ Cfr. Corte IDH. Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, citado, § 98 y 237.

³³⁷ Cfr. Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, Nº 177, §18, 127 y 128.

³³⁸ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C Nº 75, §50.

³³⁹ Corte IDH. Caso Baena Ricardo Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C Nº 72, §214, numeral 7.

³⁴⁰ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C Nº 75, §51 (4)

³⁴¹ Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C Nº 126, §130.

³⁴² Corte IDH. Caso Almonacid Arellano Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Nº 154, §124.

³⁴³ Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas, cit., §276.

para el caso bajo tratamiento³⁴⁴. Ello sin perjuicio de los efectos que puede adquirir la jurisprudencia de la Corte IDH para el resto de Estados, como guía interpretativa relevante.

Por otro lado, tenemos la configuración de la cosa juzgada internacional, según la cual “[...] una vez que la sentencia interamericana es notificada a las partes, produce una eficacia vinculante y directa para las mismas”³⁴⁵. Ahora bien, a la calidad de cosa juzgada que tienen sus sentencias, la Corte les ha añadido un efecto más, el cual es la calidad de “cosa interpretada” para los demás Estados que no participaron en el proceso.

4. Efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Las sentencias de la Corte IDH tendrían así efectos *erga omnes* para los Estados parte de la CADH en virtud de la “norma convencional interpretada”. Ferrer Mac-Gregor explica que la sentencia interamericana despliega sus contenidos y efectos en dos dimensiones: (a) de manera subjetiva y directa hacia las partes en la controversia internacional y (b) de manera objetiva e indirecta hacia todos los Estados Parte en la CADH³⁴⁶.

a. Efecto de “cosa juzgada”

En el primer caso se produce una eficacia *inter partes*, conforme a la cual el Estado declarado responsable tiene la obligación de cumplir con todo lo establecido en la sentencia interamericana de manera pronta, íntegra y efectiva. Existe a criterio de Ferrer Mac-Gregor una vinculación absoluta, completa y directa de los contenidos y efectos del fallo³⁴⁷, en mérito al artículo 67º y 68.1 de la CADH³⁴⁸. Al referirse a los contenidos del fallo, alude al conjunto de razonamientos que sirvieron a la Corte IDH para decidir sobre la cuestión debatida en el proceso. Lo que significaría entonces que los Estados se encontrarían obligados a aplicar aquellos criterios de forma irrestricta. No sólo eso, de acuerdo a las

³⁴⁴ Cfr. Z. DRNAS DE CLÉMENT, “Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿cuarta instancia?”, *Revista electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público*, Vol. 1, N° 1, 2009, pp. 17-18. Disponible en: <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/issue/view/9>. Consultado el 09/08/2014.

³⁴⁵ E. FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, cit., p. 655.

³⁴⁶ Cfr. Ibidem, p. 656.

³⁴⁷ Ver Voto Razonado de Ferrer Mac-Gregor en Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, § 68 y 71.

³⁴⁸ Ídem.

recientes manifestaciones de la Corte IDH en su jurisprudencia –la que hemos tenido oportunidad de analizar anteriormente–, estos criterios, que en principio tienen sólo una eficacia *inter partes*, terminan, al final de cuentas, traspasando las fronteras del caso para ser aplicados en futuras circunstancias que involucren al mismo Estado, adquiriendo automáticamente una eficacia *más allá de las partes*. Este comportamiento nos lleva a pensar que la Corte IDH se habría convertido en un legislador indirecto en los ordenamientos jurídicos estatales.

b. Efecto de “cosa interpretada”

En el segundo supuesto, se produciría una eficacia *erga omnes* hacia todos los demás Estados Parte de la CADH, en la medida que las autoridades nacionales quedarían vinculadas al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, de ahí que la sentencia sea notificada no sólo “a las partes en el caso” sino también “transmitido a los Estados partes en la Convención” en términos del artículo 69º del Pacto de San José³⁴⁹.

No obstante, a nuestro juicio, si como se señala, estamos frente a una “norma convencional interpretada” que es a la vez un estándar mínimo, dicha interpretación de la norma no tendrá por qué ser inamovible ni sellada sino que siempre podrá ser superada por los Estados para optimizar la protección de los derechos, mediante un análisis evolutivo y finalista de la CADH. En todo caso, somos de la opinión de que no estamos ante una fuente de obligatoria aplicación³⁵⁰. En ese sentido, valdría la pena distinguir entre la obligatoriedad

³⁴⁹ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, cit., p. 657. Según el profesor Alfredo Vítolo, del artículo 68º de la CADH que señala «en todo caso en que [los Estados] sean partes» la Corte ha interpretado que en realidad quiere decir: «aun cuando el Estado no haya sido parte». Sentido totalmente contrario a la disposición original. (Cfr. A. M. VÍTOLO, “Una novedosa categoría jurídica: el «querer ser». Acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del «control de convencionalidad»”, *Revista Pensamiento Constitucional*. PUCP, Vol. 18, No. 18, 2013, p. 366. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8961>. Consultado el 14/08/2014).

³⁵⁰ Como dijo Ferrer Mac-Gregor “[...] las autoridades nacionales pueden válidamente ampliar la eficacia de la norma convencional a través de la interpretación más favorable en aplicación del principio *pro personae*, que además obliga al Estado debido a lo previsto en el artículo 29.b) del Pacto de San José [...]”. (Voto Razonado de Ferrer Mac-Gregor en Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay, cit., § 52).

del contenido de la fuente jurisprudencial y la obligatoriedad de la fuente en sí misma accesoria³⁵¹.

Del mismo modo, las autoridades nacionales (administrativas, legislativas o jurisdiccionales) de cualquier nivel (municipal, regional, estadual, federal o nacional) de los Estados Parte de la CADH, podrían no sólo ampliar sino además eventualmente apartarse del criterio interpretativo de la Corte IDH cuando se realice una interpretación que apoyada en argumentos razonables supere el grado de protección del derecho en cuestión³⁵². Luego, la eficacia de la “norma convencional interpretada” es relativa³⁵³ y lo mismo podría aplicarse para el Estado que incluso fue parte procesal, puesto que no en todos los casos tendría que seguir el criterio planteado por la norma convencional interpretada³⁵⁴. No obstante, el primer obstáculo se presenta en la manera como la Corte IDH interpreta la Convención, en la que suele referirse no sólo al caso concreto sino a eventuales situaciones dentro del mismo Estado.

Para el juez Ferrer Mac-Gregor la efectividad regional que se pretende implantar con estos efectos proviene del extremo del artículo 2º de la CADH que se refiere a medidas “de otro carácter”, la cual, a su criterio, implica cualquier medida que incluiría las “interpretaciones” que las autoridades y los jueces, en este caso, la Corte IDH, realizan del Pacto de San José³⁵⁵. Concluye que si una interpretación en el ámbito interno no se ajusta al

³⁵¹Lo explica de esta manera el profesor Becerra Ramírez “Es notable que lo que utilizan los juzgadores y también la doctrina de derecho internacional de las resoluciones judiciales es el razonamiento de los jueces que mediante la interpretación del derecho internacional lleva a decidir una controversia. Por lo tanto, no es que sean obligatorias las resoluciones judiciales, sino que expresan una interpretación razonada de la legalidad internacional que se toma en cuenta para decidir otra controversia”. (M. BECERRA RAMÍREZ, “Las decisiones judiciales...”, cit., p. 433).

³⁵² Ver Voto Razonado de Ferrer Mac-Gregor en Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay, cit., § 53.

³⁵³ Ver *Ibidem*, § 69. Señala Hitters que los efectos de las decisiones de la Corte IDH son dos: uno directo para las partes y uno relativo para el resto de los Estados, salvo que exista una interpretación local más favorable al ser humano en cuyo caso ésta última desplaza a la interpretación convencional. (Cfr. J. HITTERS, “Un avance en el control de convencionalidad (El efecto “erga omnes” de las sentencias de la Corte Interamericana)”, *Revista Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Vol. 11, N° 2, 2013, p. 709. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82029345018>).

³⁵⁴ Señala Cançado Trindade que “[...] no hay más pretensión de primacía de uno u otro [...] la primacía es de la norma más favorable a las víctimas, sea ella norma de derecho internacional o de derecho interno”. (A.CANÇADO TRINDADE, “Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, N° 193, 1998, p. 131. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/113/5.pdf>. Consultado el 12/08/2014).

³⁵⁵Voto Razonado de Ferrer Mac-Gregor en Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay, cit., § 47.

estándar interpretativo establecido por la Corte IDH para otorgar un mínimo de efectividad a la CADH, existirá un incumplimiento de la obligación de “adecuación” previsto en ese mismo dispositivo, en cuanto que se limitaría a la norma convencional al realizar una interpretación de menores alcances que la realizada por el tribunal interamericano³⁵⁶.

Al argumento de Ferrer Mac-Gregor que infiere que por inaplicar el criterio interpretativo de la Corte IDH se afectaría la efectividad de la CADH o se mermaría la garantía colectiva que han asumido los Estados, respondemos –siguiendo el planteamiento del profesor Vítolo– que se está recurriendo a un razonamiento que parte precisamente de considerar como válida la premisa cuestionada, esto es que la jurisprudencia de la Corte reviste el carácter de fuente de obligatoria aplicación. Luego, con ese argumento no se justifica que el incumplimiento de una pauta jurisprudencial por parte de un Estado implique la violación de la obligación del artículo 2º de la CADH, dado que se estaría cometiendo la falacia conocida como «petición de principio»³⁵⁷. Sencillamente el juez mexicano deslizó su argumento asumiendo que la jurisprudencia convencional es de obligatoria aplicación en todos los casos y de esta premisa extrajo tales consecuencias³⁵⁸.

Otro argumento a favor de la vinculatoriedad *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte IDH, es el sostenido por Ayala Corao quien encuentra su fundamento en el derecho a la certeza jurídica que deriva del derecho a la igualdad frente al juez, que para el ex presidente de la CIDH, es consecuencia necesaria del derecho a la igualdad de toda persona frente a la ley³⁵⁹. Explica el profesor Ayala que toda persona bajo condiciones equivalentes, tiene derecho a ser tratado igual y sin discriminación por los órganos del poder público, lo cual incluye a los jueces nacionales. Este derecho tendría su proyección a nivel internacional

³⁵⁶ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, “Eficacia de la sentencia interamericana...”, cit., p. 666.

³⁵⁷ Cfr. A. M. VÍTOLO, “Una novedosa categoría...”, cit., p. 373.

³⁵⁸ También Malarino coincide con este argumento y afirma que “[...] solo es posible afirmar que existe un deber de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH en virtud de la doctrina judicial del control de convencionalidad si antes se ha concluido que la jurisprudencia de la Corte IDH (también aquella que estableció el control de convencionalidad) es obligatoria. Para eludir caer en una petición de principio es necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte IDH que permitan concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia”. (E. MALARINO, “Acerca de la Pretendida Obligatoriedad de la Jurisprudencia de los órganos Interamericanos de Protección de Derechos Humanos para los Tribunales Judiciales Nacionales”, en C. STEINER (Ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Vol. II, Konrad-Adenauer-Stiftung, V; Montevideo, 2011, p. 439).

³⁵⁹ Ver el artículo 24º de la CADH.

frente a los jueces y tribunales, particularmente los de derechos humanos. De esta manera, el derecho humano a la igualdad reconocido en la CADH, no sólo operaría frente a los Estados partes, sino también frente a los órganos de protección internacional de dicho instrumento como son la CIDH y la Corte IDH³⁶⁰.

Por nuestra parte, intentaremos responder a esta argumento más adelante, por lo pronto, desde otro ángulo, tenemos que los efectos *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte IDH se han hecho alusivos a la figura del *stare decisis*, que es la regla de la obligatoriedad del seguimiento del precedente, que puede entenderse como “mantener lo decidido”. Esta doctrina propia de países del *common law* es un método para descubrir cuál es el derecho vigente emanado de la costumbre, y consagrado a lo largo del tiempo a través de las decisiones judiciales³⁶¹.

Destaca el profesor argentino Alfredo Vítolo que la obligatoriedad de su seguimiento no proviene del precedente en sí, sino del hecho de que este es la aplicación del “commonlaw of the land”, de los «usos inmemoriales y prolongados en el Reino»³⁶². Así, el uso de la regla requiere una ajustada técnica para discernir en cada caso entre el razonamiento principal y definitorio de un caso, llámese *holding* o *ratio decidendi* y los diversos *dicta* o razonamientos laterales. Además, esta regla, como principio, no resulta aplicable al derecho legislado, en tanto que su aplicación a ultranza importaría socavar la base democrática de aquella, expresión de la voluntad general, confirmando al juez –que en este caso sería la Corte IDH– el poder de «hacer la ley» y no solo de aplicarla³⁶³. Incluso:

“[...] aún en los sistemas del common law, la regla del *stare decisis* no constituye un principio de seguimiento absoluto. De allí el desarrollo de las técnicas de la «distinción» (*distinguishing*) que permite a otros tribunales inaplicar el precedente mediante la búsqueda de diferencias (muchas veces sutiles) entre el caso que motivara el precedente y el que se está llamando a juzgar; y del *overruling* por la

³⁶⁰ Cfr. C. AYALA CORAO, “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Año 5, N° 1, 2007, p. 135. Disponible en: http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_5_1_hm/la_ejecucion5_1-2007.pdf. Consultado el 06/08/2014.

³⁶¹ Cfr. A. M. VÍTOLO, “Una novedosa categoría...”, cit., p. 366.

³⁶² W. BLACKSTONE. *Commentaries on the Laws of England*, citado en: J. CUETO RUA, *El Common Law: su estructura normativa. Su enseñanza*, La Ley, 1957, p. 31. Citado por: A. M. VÍTOLO, “Una novedosa categoría...”, cit., p. 366.

³⁶³ Ver A. SCALIA, *A matter of interpretation*, Princeton University Press, 1997. Citado por: A. M. VÍTOLO, “Una novedosa categoría...”, cit., p. 366.

cual el mismo tribunal que sentó el precedente deja este de lado por no considerarlo ya más como la doctrina «correcta»³⁶⁴.

Sentado lo anterior, vemos que no es pertinente que los efectos *erga omnes* de la jurisprudencia interamericana sean equiparados al *stare decisis*.

Asimismo, se vincula el efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte IDH con el cumplimiento de buena fe de la CADH y con el principio *Pacta sunt servanda*. Al respecto debemos precisar que este principio que es el fundamento clásico principal de las obligaciones internacionales no tiene una posición preponderante³⁶⁵ en materia de derechos humanos. Ello principalmente porque este campo no encuentra su fundamento en la voluntad exclusiva de los Estados o en el agregado de voluntades de Estados ligados por la conveniencia³⁶⁶, sino más bien, en el reconocimiento de bienes superiores que provienen directamente de la condición del ser humano digno y compelen a los Estados a que les brinden tutela³⁶⁷.

Por lo expuesto, tomando en cuenta el rol subsidiario de la Corte IDH, así como el hecho de que no se trata de una cuarta instancia y que sus criterios interpretativos tienen un efecto irradiador sobre los Estados, no cabe duda de que su jurisprudencia tiene una especial trascendencia a nivel interno y, por lo tanto, es un deber de los tribunales nacionales atender a tales criterios con independencia de su participación en los procesos internacionales, claro está, condicionado a las circunstancias del caso y buscando la protección más favorable de los derechos fundamentales³⁶⁸.

³⁶⁴ A. M. VÍTOLO, “Una novedosa categoría...”, cit., p. 366.

³⁶⁵ Cfr. R. PIZA ESCALANTE, “El Valor del Derecho...”, cit., p. 176.

³⁶⁶ En este punto es importante distinguir las razones formales y las materiales del sometimiento del Estado peruano a la Convención y a la Corte IDH, para luego integrarlas adecuadamente. En ese sentido, utilizar sólo el elemento formal para justificar la vinculación a la jurisprudencia interamericana, parece más un intento de fundar la obligatoriedad del DIDH exclusivamente en la voluntad de los Estados parte de la CADH y ceñirse a un criterio externo, de acuerdo al cual tranquilamente se podría también sostener que así como se acordó al inicio vincularse puede procederse cuando así lo quieran voluntariamente los Estados, en sentido contrario. Luego, la voluntad de las partes, si bien resulta ser el criterio formal en torno al cual se organiza y nace el DIDH, no es el criterio material y definitivo.

³⁶⁷ Por otro lado, esta figura de la “norma convencional interpretada” está relacionada con el control de convencionalidad creado por la Corte IDH que trataremos en la parte final de nuestro capítulo.

³⁶⁸ Como lo manifestó el ex presidente del Tribunal Thomas Buergenthal: «Here it is clear that the State Parties to the Convention have not assumed a formal obligation to recognize the legal effect of such judgments. At most, such judgments constitute judicial precedent as to the meaning of disputed provisions of the Convention. But they are not binding judicial precedent in the Anglo-Saxon sense of requiring lower courts to follow the

Ahora bien, luego de haber analizado las principales características de la Corte IDH y los efectos de sus sentencias, trataremos lo concerniente a la interpretación de la Convención Americana para hacer hincapié en su finalidad y luego estudiar la naturaleza de las obligaciones asumidas por el Estado peruano en el marco de dicho tratado.

5. Interpretación de la Convención Americana sobre derechos humanos

En relación a los métodos que empleemos para interpretar la CADH, parece evidente que debemos cuidar de que bajo ninguna circunstancia, ellos nos conduzcan a una interpretación ambigua u oscura, o a un resultado manifiestamente absurdo e irrazonable³⁶⁹. En esa línea, existe consenso en aplicar las reglas del artículo 31º y 32º de la Convención de Viena³⁷⁰, a las cuales recurriremos como fuente general, siendo la fuente principal de interpretación el artículo 29º de la misma Convención.

En relación al artículo 31º, el punto de partida para la interpretación de los tratados es el principio de buena fe, que no es sino el comportamiento honesto y leal que deben asumir las partes en el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el marco de la CADH³⁷¹. Seguidamente, lo primero es recurrir al sentido ordinario y natural de los términos del tratado³⁷² y esto es así porque en dichos términos consta objetivamente la intención de las partes. Pese a que esta pluralidad de métodos y reglas de interpretación de los tratados tiene

decisions of higher courts in the same judicial system». (T. BUERGENTHAL, “Implementation of the Judgments of the Court”, en *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos en el umbral del Siglo XXI*, Tomo I, 1999, p.191. Citado por: A. M. VÍTOLO, “Una novedosa categoría...”, cit., p. 368).

³⁶⁹ Cfr. F. MELÉNDEZ, “La interpretación y aplicación de las normas sobre derechos humanos”, en *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*, 8º ed., Fundación Konrad Adenauer-Fundación Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2012, p. 131.

³⁷⁰ En su preámbulo, los Estados partes reconocen «la importancia cada vez mayor de los tratados como fuente del DI y como medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones, sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales. (Cfr. J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público...*, cit., p. 86). La Convención de Viena entró en vigor para el Perú el 14 de octubre de 2000.

³⁷¹ Se trata de observar un determinado patrón de comportamiento razonable. (Cfr. F. NOVAK TALAVERA y otro, *Las obligaciones Internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*, 2ª ed., Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial PUCP, Lima 2002, p. 45).

³⁷² Para Novak el sentido “ordinario” y “natural” de los términos, se refiere a su significado “regular” “normal” o “acostumbrado”. En este sentido, los tribunales, cuando interpreten un tratado, recurrirán generalmente a consultar diccionarios ordinarios y no especializados. Esto no impide que cuando las disposiciones de un tratado utilicen palabras o términos técnicos o jurídicos, se indague por su significado técnico o jurídico. (Cfr. F. NOVAK TALAVERA, “Los criterios para la interpretación de los tratados”, *Revista Themis. PUCP*, N° 63, 2013, p. 76. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8991>. Consultado el 07/08/2014).

una clara primacía de la interpretación textual³⁷³, ello no significa, según Novak, que se consagre una jerarquía o prevalencia de la regla textual sobre las otras al momento de la interpretación, sino que en este proceso hermenéutico siempre se tiene como punto inicial el texto mismo del acuerdo³⁷⁴ y si éste es claro y brinda certeza, no hay que indagar más³⁷⁵.

Al mismo tiempo este proceso de interpretación constituye una unidad, y las pautas del artículo 31º forman una regla única con partes íntimamente ligadas entre sí, por lo que deben ser aplicadas integral y conjuntamente en una sola operación combinada, teniendo todas igual valor³⁷⁶. Luego, en el artículo 31.2 se refiere que las disposiciones de un tratado no deben ser interpretadas de forma aislada, sino más bien en armonía con su contexto inmediato³⁷⁷, con las otras disposiciones del mismo, su preámbulo y anexos. También con todo acuerdo que se refiera a la Convención, que haya sido concertado entre todas las partes con motivo de su celebración. A su vez, con todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la misma y aceptado por las demás como instrumento referente al acuerdo, a lo cual se le denomina contexto mediato³⁷⁸.

Con relación a la conformidad de la interpretación con el objeto y fin del tratado, es importante destacar que esta regla atraviesa transversalmente todo el proceso hermenéutico pues implica determinar el propósito que pretendieron alcanzar los Estados partes cuando celebraron el acuerdo, es decir, la razón (*ratio legis*) que tuvieron en mente cuando redactaron

³⁷³ Cfr. *Ibidem*, p. 74.

³⁷⁴ De este modo “El intérprete no deberá investigar desde el inicio fuera del texto, sino recorriendo cada expresión contenida en el tratado”. (J. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Curso de Derecho Internacional Público*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, p. 366. Citado por: F. NOVAK TALAVERA, “Los criterios para la interpretación de los tratados”, cit., p. 75).

³⁷⁵ Cfr. M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, Boston, 2009, p. 436. Citado por: F. NOVAK TALAVERA, “Los criterios para la interpretación de los tratados”, cit., p. 74.

³⁷⁶ Cfr. F. NOVAK TALAVERA, “Los criterios para la interpretación de los tratados”, cit., p. 74.

³⁷⁷ Para Novak el contexto inmediato implica: “a) analizar dónde está ubicada o localizada la palabra o frase a ser interpretada, b) tener presente la estructura de la frase materia de interpretación, esto es, cómo está construida, c) tener en cuenta los títulos, sea del tratado o de las secciones del tratado donde se encuentra ubicado el artículo a ser interpretado, los cuales pueden resultar de particular importancia como punto de inicio para definir o identificar el ámbito del acuerdo y d) tener presente la posibilidad de contrastar el artículo objeto de interpretación con otras disposiciones que regulan la misma materia dentro del tratado”. (F. NOVAK TALAVERA, “Los criterios para la interpretación de los tratados”, cit., pp. 77-78).

³⁷⁸ *Ibidem*.

el texto³⁷⁹. De esta manera, aclarados el objeto y fin de la CADH, deberemos siempre orientar la interpretación y aplicación de sus disposiciones a la consecución de su propósito³⁸⁰. En todo caso, para determinar el objeto y fin del tratado debemos recurrir al preámbulo, pues en él se encuentra el motivo o razón de ser del mismo, así como la meta o propósito que se pretende alcanzar.

Juntamente con el contexto debemos tomar en cuenta todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones, toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado, y toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes, según lo indica el artículo 31.3 de la Convención de Viena³⁸¹. Finalmente, de acuerdo al artículo 32° de la Convención de Viena, se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado³⁸² y a las circunstancias de su celebración³⁸³, sólo en dos casos: (a)

³⁷⁹ Cfr. E. DE LA GUARDIA, *Derecho de los Tratados Internacionales*, Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1997, p. 222.

³⁸⁰ Señala Novak que este principio de interpretación puede modificar el resultado obtenido de la mera aplicación de la regla del sentido ordinario y natural de los términos. Sin embargo, esto no puede llevarnos a afirmar que el objeto y fin del tratado puede alterar el resultado claro e indubitable que pueda ser obtenido de la regla antes mencionada. (Cfr. F. NOVAK TALAVERA, “Los criterios para la interpretación de los tratados”, cit., p. 79).

³⁸¹ De acuerdo a lo anterior, las partes de un tratado a través de esta regla pueden no sólo buscar establecer su verdadero significado, sentido y alcance, sino también pueden darle una significación especial a sus términos, e incluso enmendarlo, ampliarlo o reducirlo en sus alcances y efectos. (Cfr. M. VILLIGER, *Commentary on the 1969...*, cit., p. 429). El mismo Novak agrega que la “[...] esencia de esta regla es que debemos estar frente a la aplicación o implementación sistemática o repetida de un tratado, sea a través de una práctica concordante de todas las partes (donde éstas realizan básicamente lo mismo en la ejecución del acuerdo), o mediante una conducta unilateral de ejecución que haya sido aceptada por todas las otras partes del acuerdo (aquiescencia). En caso la práctica no contara con la aceptación de todas las partes, pero si de una mayoría, podrá servir como indicio, mas no como prueba. Además esta práctica puede consistir en actos del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo o del Poder Judicial de los Estados partes, donde se verifique la interpretación de una o más disposiciones del tratado a través de su ejecución o implementación”. (F. NOVAK TALAVERA, “Los criterios para la interpretación de los tratados”, cit., p. 80).

³⁸² Según el mismo autor, cuando se habla de los trabajos preparatorios, se incluye el estudio de las actas, declaraciones, debates, correspondencia intercambiada, notas, cartas, en las que constan o se hayan registrados los trabajos que dieron lugar al texto del acuerdo. Así también, trabajo preparatorio es todo aquello que concierne a la fase anterior o concomitante a la firma del tratado o a la adopción de su texto. En este sentido, los trabajos ulteriores que tuvieran lugar luego de la firma o ratificación no son trabajos preparatorios. (Cfr. F. NOVAK TALAVERA, “Los criterios para la interpretación de los tratados”, cit., p. 83).

³⁸³ Consiste en indagar el conjunto de hechos que llevaron a las partes a celebrar un tratado, así como los factores políticos, sociales, económicos y culturales que rodearon el proceso de negociación o que determinaron su conclusión. (Cfr. M. VILLIGER, *Commentary on the 1969...*, cit., p. 445). A esto último, agrega Novak, se le conoce como *ocassio legis*, esto es, aquella situación concreta que fue la causa eficiente de la aprobación del tratado. (Cfr. F. NOVAK TALAVERA, “Los criterios para la interpretación de los tratados”, cit., p. 84).

Para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31º; o (b) para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31º: b.1) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b.2) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Por otro lado, a nivel jurisprudencial, la Corte IDH ha incluido otros principios de interpretación de la Convención, como son el principio de efectividad o *effet utile*, según el cual los tratados deben interpretarse de manera que se dé eficacia a sus disposiciones en su sentido natural u ordinario en el contexto en que ocurren, según su objeto y fin³⁸⁴.

Del mismo modo, se ha añadido el criterio de interpretación llamado “evolutivo”, esto en atención al carácter progresivo de los derechos humanos. Criterio que respondería a que se entiende que los tratados son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales³⁸⁵. García Ramírez, en su Voto Razonado a la sentencia de la Corte IDH en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile, se refirió al contenido de este principio señalando que no se trata de que la Corte reforme la CADH o altere sus lineamientos, sino de desarrollar decisiones jurídicas a partir de los valores, principios y normas en vigor para que el tratado mantenga su “capacidad de respuesta” frente a situaciones que no se previeron, pero que son esencialmente iguales a las contempladas en la normativa y que representan problemas específicos que requieren soluciones puntuales³⁸⁶.

Visto lo anterior, aplicaremos dichas reglas de interpretación en los apartados que vienen a continuación, con el objetivo de comprender la naturaleza de las obligaciones asumidas por el Estado y para poder aproximarnos a la figura del control convencional.

³⁸⁴ La Corte ha señalado que el objeto y propósito de la Convención es la protección del ser humano, lo que requiere que los Estados garanticen y respeten los derechos contenidos en éste, para que sus salvaguardas sean prácticas y efectivas (*effet utile*). (Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, §83; Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, §64).

³⁸⁵ Ver Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, §114. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, §125; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, §165; entre otros.

³⁸⁶ Ver Voto razonado del juez García Ramírez en Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, § 2 y 3.

6. Naturaleza de las obligaciones internacionales de los Estados en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

El Pacto de San José establece en su artículo 1º la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos así como garantizar el libre y pleno ejercicio de tales derechos, y agrega en el artículo 2º el deber de los Estados partes de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades³⁸⁷.

En relación al primer artículo, la obligación de respeto implica básicamente la no vulneración de los derechos, y la de garantía abarca otros deberes como: prevenir las violaciones a los derechos humanos, investigar las violaciones ocurridas, sancionar a los responsables y reparar las consecuencias de las violaciones³⁸⁸. En el caso del segundo artículo y siempre que el ejercicio de los derechos y libertades que la Convención reconoce no estuviesen ya garantizados en el ordenamiento interno, los Estados asumen el deber de adecuar dicho ordenamiento a través de medidas necesarias³⁸⁹. Este deber, desde la Opinión Consultiva 7/86, ha sido considerado por la Corte IDH como una obligación adicional y específica dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades

³⁸⁷ Esta disposición se inspira en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966 y también recoge el artículo 2º del Protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988.

³⁸⁸ Cfr. P. NIKKEN, “El deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos hasta las fronteras del Pacto de San José”, en A. ARISMENDI y otro (Coords.) *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo III, Civitas, Madrid, pp. 2449 y 2459. Citado por: M. DEL TORO HUERTA, “El principio de subsidiariedad...”, cit., p. 29. Así también la Corte IDH dijo que el deber de garantizar abarca tanto a las normas sustantivas como las procesales. (Ver Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein, Competencia, sentencia del 24 de septiembre de 1999, Serie C, núm. 54, § 37).

³⁸⁹ La Corte IDH dijo que implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. (Ver Corte IDH, Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs Colombia, sentencia del 15 de septiembre de 2005, § 109; Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C Nº 68, § 137; Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, § 207).

que el tratado reconoce. Por eso es que complementa pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1º³⁹⁰.

Y dado que se trata de una obligación que procura la efectividad del tratado en términos del principio *effet utile*, que está a cargo de los Estados³⁹¹, la Corte IDH ha considerado necesario reafirmar que se trata, por su propia naturaleza, de una obligación de resultado³⁹². Lo cual implica que se requiere al Estado alcanzar un determinado fin pero mediante un comportamiento cuya forma es dejada libremente a su discreción, es decir, se le reconoce la facultad de elección de los medios para lograr el fin propuesto. Por lo tanto, no es plausible entender que esta obligación de adecuación es equivalente a una aplicación inmediata de los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH³⁹³. Además, del texto del artículo 2º no se desprende que se trate de una obligación en la que los medios sean precisamente la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH.

En líneas generales, la obligación de adecuación es programática³⁹⁴, es decir, directamente aplicable al interior del ordenamiento estatal pero cuya eficacia está encargada a la actuación de los Estados, lo que desde luego, no la hace menos exigible³⁹⁵. Asimismo,

³⁹⁰ Asimismo, precisó la Corte IDH que se propuso la inclusión del actual artículo 2º en el Proyecto de Convención, en las observaciones del Gobierno de Chile al Proyecto de la CADH: “La argumentación de que la inclusión de esta cláusula en la Convención Interamericana podría justificar la alegación de un Estado en el sentido de no estar obligado a respetar uno o más derechos no contemplados en su legislación interna, no se sostiene dentro de los términos del proyecto; y menos aún si su alcance queda expresamente establecido durante la Conferencia (Actas y Documentos, supra 4, p. 38)”. (Corte IDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A Nº 7).

³⁹¹ Ver Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, Nº 125, §101.

³⁹² Cfr. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C Nº 123, § 93.

³⁹³ Así, la Corte IDH ha concluido que si los Estados no aplican sus criterios jurisprudenciales están contraviniendo el artículo 2º de la CADH. Sin embargo, contrariamente a la naturaleza de la obligación contenida en este dispositivo, está imponiendo un único medio para verificar su cumplimiento. En realidad, lo que hace el tribunal es interpretar el artículo 2º, en lo referente a las “medidas de otro carácter” como si esas medidas consistieran básicamente en aplicar su doctrina jurisprudencial. Esta interpretación mutativa de la Corte IDH que añade un elemento diferente al sentido original de la obligación, es la que le hace concluir posteriormente que los Estados incumplen el artículo 2º cuando no aplican sus criterios. A nuestro juicio, es la errónea premisa de la que parte la Corte lo que hace insostenible la conclusión de su argumentación.

³⁹⁴ De la redacción del artículo 2º se demuestra que el DIDH no contiene ninguna regulación específica sobre el proceso de implementación. Esto deja a los Estados en completa libertad para decidir el programa para implementar las medidas nacionales necesarias.

³⁹⁵ Cfr. E. SALMÓN GÁRATE, *El Derecho Internacional...*, cit., pp. 67-68.

este deber de implementación³⁹⁶ y la obligación de respeto y garantía no generan *per se* responsabilidad, y sólo se puede demandar si se verifica en relación con obligaciones sustantivas³⁹⁷.

7. El llamado “Control de Convencionalidad” en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos

El control de convencionalidad es una figura creada jurisprudencialmente por la Corte IDH en el año 2006 en el caso *Almonacid Arellano vs Chile*. No obstante, encontremos algunos antecedentes³⁹⁸, el tribunal interamericano en el caso antes referido precisó:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos³⁹⁹. En

³⁹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 53. Apunta la profesora que “la existencia de esta obligación no debe confundirse con el dualismo, pues no se postula la necesidad de transformación de la norma internacional en Derecho interno, sino que el principio apunta a la eventual necesidad de adoptar medidas adicionales que sirvan para que la norma internacional sea una disposición plenamente operativa en el ordenamiento interno”. E. SALMÓN GÁRATE, *El Derecho Internacional...*, cit., p. 61.

³⁹⁷ La misma Corte IDH señaló que la obligación general de respetar y garantizar los derechos tiene que articularse con otros derechos y que la misma no podía ser objeto de una violación propiamente dicha, sino que esta norma es incumplida por los Estados al ser violados otros derechos sustantivos de la Convención. (Ver Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C, N° 63, § 136; Caso *Durand y Ugarte Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, § 138 y 139; Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, § 107 y ss; Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, § 81 y ss., entre otras).

³⁹⁸ La Corte IDH en su balance del año 2004 reconoció la creciente trascendencia de su doctrina en la “orientación de leyes, decisiones judiciales, programas administrativos y prácticas nacionales referentes a derechos humanos”. Invitó asimismo, a que los Estados Parte recojan en su orden interno, de manera clara y explícita, tanto las normas internacionales de protección a los derechos humanos como las resoluciones emitidas por sus órganos. (Síntesis del *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* correspondiente al ejercicio 2004, que se presenta a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA, Washington, D.C., 14 de abril de 2005). De igual manera, otros antecedentes del control los encontramos en los votos concurrentes razonados del juez Sergio García Ramírez en los casos: *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas, cit., § 27; Caso *Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit., § 3 y Caso *López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, § 30.

³⁹⁹ El profesor Sagüés cuestiona esta interpretación de la Corte IDH y la califica como “mutativa por adición”, es decir, se ha agregado algo al contenido inicial de la CADH, aunque su texto literal no ha variado. (Cfr. N. SAGÜÉS, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Revista Centro de Estudios*

otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁴⁰⁰.

Más adelante, en la misma sentencia, el tribunal interamericano agrega:

“[...] según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”⁴⁰¹.

En un caso posterior, Aguado Alfaro y otros vs Perú, la Corte IDH invocó el criterio esbozado en Almonacid Arellano y precisó que el control: (a) Procede de oficio sin necesidad de que las partes lo soliciten⁴⁰²; (b) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia⁴⁰³; y (c) es complementario al “control de constitucionalidad”⁴⁰⁴.

Constitucionales. Universidad de Talca, Año 8, N° 1, 2010, p. 113. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>. Consultado el 09/08/2014).

⁴⁰⁰ Ver Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, §124.

⁴⁰¹ Ver *Ibidem*, §125.

⁴⁰² Para Ferrer Mac-Gregor, pudiera suceder, incluso, que en el ámbito interno procedan recursos o medios de defensa adecuados y eficaces para combatir la falta o inadecuado ejercicio del “control difuso de convencionalidad” por algún juez (por ejemplo, a través de una apelación, recurso de casación o proceso de amparo), al no haberse realizado *ex officio* dicho control. Se trataría de una nueva vertiente del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho y la jurisprudencia convencional). (Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Revista Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Año 9, N° 2, 2011, p. 582. Disponible en: http://www.cecocoh.cl/docs/pdf/revista_9_2_2011/articulo_13.pdf. Consultado el 15/08/2014).

⁴⁰³ Ferrer Mac-Gregor justifica este criterio en el sentido que la Corte IDH no puede (ni lo ha pretendido), convertirse en un órgano que “defina” o “imponga” los sistemas de control constitucional que cada país adopta, como resultado de su propia cultura, realidad y contexto histórico. (Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme...”, cit., p. 535).

⁴⁰⁴ Ver Corte IDH. Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros vs Perú) Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158, §128 y 129.

Posteriormente –siguiendo la recopilación de Ferrer Mac-Gregor⁴⁰⁵– esta figura se viene replicando en casos como: *La Cantuta vs Perú*⁴⁰⁶, *Boyce y otros vs Barbados*⁴⁰⁷, *Heliodoro Portugal vs Panamá*⁴⁰⁸, *Rosendo Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*⁴⁰⁹, *Manuel Cepeda Vargas vs Colombia*⁴¹⁰, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay*⁴¹¹, *Fernández Ortega y otros vs México*⁴¹², *Rosendo Cantú y otra vs México*⁴¹³, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs Bolivia*⁴¹⁴, *Vélez Loor vs Panamá*⁴¹⁵, *Gomes Lund y otros vs Brasil*⁴¹⁶, *Cabrera García y Montiel Flores vs México*⁴¹⁷ y recientemente en *Gelman vs*

⁴⁰⁵E. FERRER MAC-GREGOR, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad, a la luz del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Vol. XLIV, núm. 131, 2011, pp. 925-926. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/revista/4627/A/2011>.

⁴⁰⁶ Ver Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, §173.

⁴⁰⁷ Ver Corte IDH. Caso *Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, §78.

⁴⁰⁸ Ver Corte IDH. Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, §180.

⁴⁰⁹ Ver Corte IDH. Caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, §339.

⁴¹⁰ Ver Corte IDH. Caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, §208, nota 307.

⁴¹¹ Ver Corte IDH. *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, §311.

⁴¹² Ver Corte IDH. Caso *Fernández Ortega y Otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, §236 y 237.

⁴¹³ Ver Corte IDH. Caso *Rosendo Cantú y Otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, §219.

⁴¹⁴ Ver Corte IDH. Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, §202.

⁴¹⁵ Ver Corte IDH. Caso *Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, §287.

⁴¹⁶ Ver Corte IDH. Caso *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, §49 y 176.

⁴¹⁷ Ver Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, §225 al 233. En este caso la Corte IDH precisó que no sólo los jueces, sino que los diferentes “[...] órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están en la obligación de ejercer ex officio el “control de convencionalidad”. También en este caso por primera vez un Estado opuso una excepción preliminar alegando que había aplicado debidamente el “control de convencionalidad” en la jurisdicción nacional. Sin embargo, el tribunal interamericano observó que la excepción preliminar presentada por el Estado tomaba como punto de partida que no había existido ninguna violación de derechos humanos, cuando era precisamente ello lo que se debatiría en el fondo del asunto. De esta manera, concluyó que en dicha etapa se determinaría si el presunto control de convencionalidad que alegó el Estado involucró un respeto de las obligaciones internacionales, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal y del derecho internacional aplicable, razón por la cual desestimó la excepción preliminar.

Uruguay⁴¹⁸, Chocrón vs Venezuela⁴¹⁹, López Mendoza vs Venezuela⁴²⁰ y Fontevecchia, D'Amico vs Argentina⁴²¹ y Atala Riffo y niñas vs Chile⁴²². No obstante, pese a que hay un número importante de sentencias posteriores al caso Almonacid Arellano que se refieren al examen de convencionalidad, Castilla Juárez destaca que en realidad el tribunal de San José no ha desarrollado de manera ordenada la estructura de este control, pues ya desde sus inicios su concepción no ha sido del todo uniforme, estable y constante⁴²³.

Ahora bien, el control de convencionalidad es definido de diversas maneras. Una de ellas es la planteada por Hitters, para quien dicho control es un mecanismo a cargo, primero, de los órganos judiciales domésticos, y que busca hacer una comparación entre el derecho local y el internacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales como la CADH y que incluye la jurisprudencia de la Corte IDH. Luego, este control estará a cargo de dicho tribunal si el caso llegara a su conocimiento⁴²⁴. Por su parte, para Ferrer Mac-

⁴¹⁸ Ver Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, §193. En este caso, la Corte IDH enfatizó que debe prevalecer un “control de convencionalidad” de la propia decisión de las mayorías en contextos democráticos, por lo que dicho control supera la actuación del Poder Judicial, comprometiendo de manera expresa y categórica a “cualquier autoridad pública”. Por lo tanto, según el tribunal, este control compromete a las autoridades de los diferentes poderes del Estado y no solo a las del Poder Judicial o a todas aquéllas vinculadas a la administración de justicia.

⁴¹⁹ Ver Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, § 164 a 171.

⁴²⁰ Ver Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, § 226 y 227.

⁴²¹ Ver Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, § 93.

⁴²² Ver Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239, párr. 282.

⁴²³ Castilla Juárez analizó la línea jurisprudencial de la Corte IDH entre junio de 2012 a mayo de 2014. Durante este tiempo se emitieron un total de 40 sentencias en casos contenciosos. De éstas, según el autor, sólo en 13 se ha hecho alguna mención del control de convencionalidad (32.5%), aunque en realidad solo en ocho se han expresado ideas completas respecto a la referida figura jurídica, en una se desarrolla en parte, en tanto que en cuatro hay menciones del término control de convencionalidad aunque no se explica qué es. (Ver K. CASTILLA JUÁREZ, “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, *Revista Derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia*, núm. 33, 2014, p. 152. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/3376/337632740006.pdf>. Consultado el 15/08/2014. En otro trabajo, señala el mismo autor que posteriormente al caso Cabrera García y Montiel Flores, en las siguientes sentencias que ha dictado la Corte IDH (publicadas al 30 de junio de 2012), sólo en 5 ha hecho referencia a este control, que son precisamente las que hemos citado antes. (Cfr. K. CASTILLA JUÁREZ, “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Vol. XIII, 2013, p. 64. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoInternacional/indice.htm?n=13>. Consultado el 16/08/2014).

⁴²⁴ Cfr. J. HITTERS, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Revista Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Año 7, N° 2, 2009, p. 124. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3097126>. Consultado el 23/08/2014.

Gregor este control “Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales⁴²⁵ y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...]”⁴²⁶. Enfatiza también que este tribunal es el único órgano jurisdiccional del sistema interamericano que interpreta de manera “última” y “definitiva” el Pacto de San José⁴²⁷.

Respecto al fundamento normativo del control, vemos que no hay disposición convencional que lo declare ni siquiera implícitamente. Sin embargo, la Corte IDH alega que su existencia y obligatoriedad reside en: (a) El cumplimiento de buena fe de los compromisos internacionales; (b) el artículo 27º de la Convención de Viena que prohíbe recurrir al derecho interno como justificación del incumplimiento de una obligación internacional; (c) el artículo 1º y 2º de la CADH que incluye el efecto útil o *effet utile* de la Convención; y (d) el reconocimiento de la Corte IDH como intérprete auténtica y final del tratado⁴²⁸.

A su vez, la doctrina se ha referido al control de convencionalidad en un sentido fuerte y en uno débil. En el primer caso, “el control *fuerte* de convencionalidad importaría la obligación del juez nacional de “desplazar” la aplicación de la norma interna por violar la CADH”⁴²⁹. Esta versión *fuerte* la encontramos por ejemplo, en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, en el cual el decreto ley de amnistía se reputó manifiestamente incompatible con

⁴²⁵Para García Ramírez, al referirse al control de convencionalidad, la Corte IDH ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la CADH. Sin embargo, agrega que la misma función se despliega por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado, como son: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata, sostuvo, es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado. (Cfr. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez con motivo del Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit., § 3).

⁴²⁶E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme...”, cit., p. 531.

⁴²⁷Cfr. Ibidem, p. 532.

⁴²⁸Ver: N. SAGÜES, “El “Control de Convencionalidad” como instrumento para la elaboración del *ius commune* interamericano”, en A. BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y otro (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?* Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2010, p. 452. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/15.pdf>.

⁴²⁹Cfr. P. CONTRERAS VÁSQUEZ, “Control de Convencionalidad Fuerte y Débil”, Parte I, *Columna de opinión publicada en Diario Constitucional*, 17 de agosto de 2012. Disponible en: <http://www.pcontreras.net/blog/category/control%20de%20convencionalidad>. Consultado el 25/08/2014.

la Convención y a juicio de la Corte el juez nacional no podía sino preterir la aplicación de la norma interna para dar vigencia al tratado y asegurar su *effet utile*⁴³⁰.

En el segundo caso, el control de convencionalidad en sentido débil sería un mandato de interpretación de las normas internas conforme a lo dispuesto en la CADH y en la interpretación de la Corte. En esta modalidad, la norma interna no sería necesariamente “desplazada”, sino que se exigiría una construcción interpretativa plausible que permita armonizar el tratado con el ordenamiento jurídico interno. Se buscaría salvar la antinomia entre ambos, evitando declarar la inaplicabilidad, anticonvencionalidad o derogación de la norma interna⁴³¹.

En esa línea, respecto a la versión fuerte del control que asumió la Corte en el caso *Almonacid Arellano v. Chile*, vimos que el tribunal declaró que las normas internas que él considere inconventionales no tienen efectos jurídicos. Sobre esto, cabe preguntarnos ¿este tribunal cuenta o no con la competencia o potestad para declarar la invalidez de normas internas?⁴³², y ¿puede hacerlo en base a la CADH y su propia jurisprudencia?

Bajo estas interrogantes, tenemos que del texto de la CADH y del marco general del sistema interamericano no se desprende que los Estados parte requieran tener sistemas de declaración de invalidez de normas internas cuando se presenten antinomias con las disposiciones convencionales. Es decir, del tratado internacional no se desprende una

⁴³⁰ Cfr. Ídem.

⁴³¹ Cfr. Ídem. Por otro lado, Contreras Vásquez equipara el control de convencional débil con la doctrina *Charming Betsy*, desarrollada por la Corte Suprema estadounidense. “El canon, en los términos fijados por el juez Marshall, estipula que no se debe interpretar un acto del Congreso de forma tal que se viole el derecho de las naciones, en el evento que exista una interpretación alternativa posible. El principio no sólo fija un método de resolución de antinomias sino que, además, una técnica jurídica que permite armonizar la legislación nacional con las obligaciones internacionales de un Estado”. (Ver: *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804)). La única diferencia, según Contreras, entre el control débil y el canon *Charming Betsy* sería la clase de normas internas que deben ser construidas interpretativamente para resguardar las obligaciones internacionales. Mientras que la doctrina de *Charming Betsy* se ocupa principalmente de los actos del Congreso Federal estadounidense, el control débil de convencionalidad parece sugerir la interpretación conforme de toda norma interna con la CADH y los fallos de la Corte IDH. Cfr. P. CONTRERAS VÁSQUEZ, “Control de Convencionalidad...”, cit.

⁴³² Binder explica que en el ejercicio de sus facultades, la Corte IDH extiende considerablemente las competencias que le son atribuidas por la Convención; esto hace que su actuación difícilmente encuentre una base legal en ella. Igualmente restringe de forma considerable la esfera de acción de las instituciones nacionales y de las autoridades internas. (Cfr. C. BINDER, “¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, en A. BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y otro (Coords.), *La justicia constitucional...*, cit., p. 161).

obligación de tener sistemas de control de constitucionalidad⁴³³, o no se prescribe normativamente desde las obligaciones convencionales la necesidad de fijar tales mecanismos para la protección de los derechos humanos⁴³⁴. Luego, si del Pacto de San José no se deduce que los Estados deban incorporar sistemas de declaración de invalidez de normas, tal parece que la propia Corte IDH no cuenta con la facultad o atribución para proceder en ese sentido.

Además, aceptar que este tribunal declare inválidas las normas nacionales a través de un control concentrado de convencionalidad, no parece guardar relación con que el control interno a cargo de los jueces nacionales sea llevado a cabo **en el marco de sus competencias procesales**, porque, en última instancia, la Corte se está asignando tales competencias. Asimismo, ya del hecho de declarar que el control de convencionalidad deba ser de oficio se sugiere que el juez nacional no necesitaría estar autorizado por la Constitución o por las autoridades domésticas para realizarlo, e incluso si una norma local, constitucional u ordinaria intentara impedir el control de convencionalidad al juez “apto”⁴³⁵ o habilitado por la Corte IDH para realizar el control, esa norma se consideraría necesariamente “inconvencional” por oponerse al mandato del tribunal de San José⁴³⁶.

A su vez, que la Corte IDH declare que una norma nacional es incompatible *ab initio*⁴³⁷ con la CADH y que por tanto carece de efectos jurídicos, genera una mayor confrontación con los sistemas nacionales que disponen efectos *ex nunc* de las normas y no

⁴³³ Decimos “constitucionalidad” porque sólo a través de estos sistemas es que se pueden apartar del ordenamiento disposiciones contrarias al mismo.

⁴³⁴ Cfr. P. CONTRERAS VÁSQUEZ, “Control de Convencionalidad...”, cit.

⁴³⁵ En relación a quiénes les corresponde llevar a cabo el control, la Corte IDH ha seguido una línea jurisprudencial progresiva y, como señala Víctor Bazán, en una primera etapa la Corte refiere que el sujeto encargado es el “Poder Judicial” (caso Almonacid Arellano); luego en un segundo momento señala a los “Órganos del Poder Judicial” (caso Trabajadores cesados del Congreso); posteriormente se refiere a “Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (caso Cabrera García y Montiel Flores) y finalmente se establece que el control de convencionalidad recae en “cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial” (Caso Gelman). (Cfr. V. BAZÁN, “Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad”, en E. FERRER MAC-GREGOR (Coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Fundap, Querétaro, 2012, p. 18).

⁴³⁶ Cfr. N. SAGÜÉS, “El “Control de Convencionalidad” como instrumento para la elaboración del *ius commune* interamericano”, en A. BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y otro (Coords.), *La justicia constitucional...*, cit., pp. 455-456.

⁴³⁷ Corte IDH. Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 290, § 214

ex tunc. Debido a que para cumplir con su criterio jurisprudencial se tendría que actuar retroactivamente respecto a los efectos generados por la norma “inconvenicional”, sobrepasando los límites que impone el ordenamiento interno⁴³⁸. De igual manera, se tendría que reparar en que la Convención ya no sería parte del bloque de constitucionalidad sino un parámetro externo, superior y controlador de aquel. Y nuevamente, aunque el tribunal utiliza como fundamento del control el artículo 1º y 2º de la CADH, lo que hace al declarar directamente que las normas nacionales “carecen de efectos jurídicos” es en realidad contravenir aquellas disposiciones, puesto que la obligación de resultado consistente en adecuar la legislación interna a los parámetros convencionales, es de los Estados y no de la Corte⁴³⁹.

En líneas generales, el primer gran peligro de considerar al control de convencionalidad en sentido fuerte es que se desplacen normas internas declaradas inconvenicionales y, más aun, que este descarte lo haga directamente la Corte IDH. Desafortunadamente, este peligro se refuerza con el hecho de que la Corte –como lo ha señalado ya en algunos casos– no excluye a las Constituciones estatales cuando se refiere a las normas internas “en general” para ser contrastadas con el tratado y su jurisprudencia⁴⁴⁰. En ese sentido, el tribunal de San

⁴³⁸ Con una posición contraria, para Ferrer Mac-Gregor aunque la Corte IDH no aclara lo suficiente sobre la temporalidad de los efectos de la norma nacional inconvenicional; por principio, toda violación a los derechos humanos debe tener un efecto reparador en su integridad y, por consecuencia, tener efectos hacia el pasado cuando así se requiera para lograr dicho objetivo. (Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme...”, cit., p. 587).

⁴³⁹ Cfr. C. BINDER, “¿Hacia una Corte Constitucional...”, cit., p. 173.

⁴⁴⁰ Recordemos que en el caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, la Corte IDH ordenó al Estado chileno reformar su Constitución en lo referido a la censura previa en la producción cinematográfica, a fin de hacerla compatible con las disposiciones convencionales. En este caso, el Estado chileno cumplió con el fallo. (Ver Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73). De igual manera, en el caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, la Corte IDH ordenó a este Estado que reformara su Constitución. (Ver Corte IDH. Caso *Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123). En este caso, el Estado no cumplió con la orden. No obstante, cabe mencionar que Trinidad y Tobago ya había denunciado la CADH el 26 de mayo 1998, con motivo de un diferendo en torno a su artículo 62 y sobre su Reserva por la cual reconoce la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana, la cual señalaba que “Sólo en la medida en que tal reconocimiento sea compatible con las secciones pertinentes de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, y siempre que una sentencia de la Corte no contravenga, establezca o anule derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares”. La Corte IDH resolvió que dicha limitación era incompatible con el objeto y fin de la Convención. La denuncia entró en vigor un año después. Sin embargo, en virtud del artículo 78.2 de la Convención, dicha denuncia no podía desligar al Estado de sus obligaciones en lo que concierne a todo hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha en que la denuncia produjo su efecto. (Ver: *Informe Anual de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*, 1998, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Washington, D.C., 1999, p. 35). Por otro lado, a Barbados también se le ordenó, mediante sentencia en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*, eliminar el

José está partiendo reiteradamente y en la generalidad de los casos, del supuesto de que la CADH se encuentra por encima de la Constitución; lo cual, en el caso de presentarse en el Estado peruano alguna situación similar a la del caso chileno, por ejemplo, supone que la Corte IDH no valoraría que el tratado tiene rango constitucional, como se evidencia de nuestro ordenamiento nacional⁴⁴¹.

El profesor Sagüés sobre este aspecto, afirmó que, axiológicamente, el bien común internacional regional se erige como un valor superior al bien común nacional, y que tal “[...] cotización planteada en la esfera de la estimativa jurídica, obliga en la dimensión normativa del derecho a preferir al pacto sobre la Constitución”⁴⁴². Coincidimos con el profesor en el sentido que habrá ocasiones en las que se habrá de preferir al tratado. Sin embargo, tendemos a pensar que del hecho de que el criterio interpretativo de carácter mínimo de la Corte IDH pueda ser más favorable que los criterios jurisprudenciales internos, no se puede concluir que la Convención o a la jurisprudencia interamericana sean el parámetro exclusivo de control en todos los casos y, menos aún, que la Corte IDH tenga potestad para declarar la invalidez de las normas internas.

Por otro lado, cuando el tribunal de San José señaló que además de la CADH se incluyen sus interpretaciones como parámetro del control, no distinguió entre interpretaciones vertidas en sentencias o en opiniones consultivas, haciendo de esta omisión un aspecto ambiguo del control que no debe ser clarificado⁴⁴³. Con relación a ello, tomemos

efecto del artículo 26 de su Constitución. (Ver Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C No. 169). En este caso, el Estado de Barbados no cumplió con lo ordenado. No obstante, fue posteriormente demandado por un caso similar. Respecto a su cumplimiento, en la última resolución de la Corte IDH de Supervisión de cumplimiento de sentencia, el tribunal vuelve a requerir al Estado de Barbados para que adopte las medidas legislativas o de otra índole necesarias para garantizar que la Constitución y la legislación de Barbados, especialmente la Sección 2 de la Ley de Delitos Contra las Personas y el artículo 26 de la Constitución, cumplan con la Convención Americana. (Ver: Corte IDH. Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados. Supervisión Cumplimiento Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2011).

⁴⁴¹ Cfr. N. SAGÜÉS, “El “Control de Convencionalidad”...”, cit., p. 457. Para Bidart Campos, si las normas comparten una misma jerarquía –como es el caso de la Constitución y la CADH– jamás puede interpretarse en el sentido de que unas derogan, cancelen, neutralicen, excluyan o dejen sin efecto a otras, porque todas se integran coherentemente, y deben mantener su significado y su alcance en armonía recíproca y en compatibilidad dentro del conjunto. (Cfr. G. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, cit., p. 277).

⁴⁴² N. SAGÜÉS, “El “Control de Convencionalidad”...”, cit., pp. 457-458.

⁴⁴³ Según Ferrer Mac-Gregor las “interpretaciones” de la CADH no sólo comprenden las realizadas en las sentencias pronunciadas en los casos contenciosos, sino también las efectuadas en las demás resoluciones que

en cuenta que para algunos autores las opiniones consultivas solo son vinculantes para los Estados que las solicitaron y, por ende, aquellas no formarían parte de la jurisprudencia interamericana⁴⁴⁴; en tanto que para otros, como Miguel Carbonell⁴⁴⁵, sí constituyen jurisprudencia interamericana, por lo que serían obligatorios los criterios interpretativos contenidos en las opiniones consultivas. Sumado a ello, a la Corte IDH no le corresponde resguardar la aplicación de otros tratados más allá de la CADH ante posibles infracciones⁴⁴⁶. Luego, si se admitiese que dentro de las interpretaciones de la Corte se incluyen las vertidas en opiniones consultivas, habría que considerar que según el artículo 64° del Pacto de San José, el tribunal interamericano en su función consultiva puede interpretar cualquier otro tratado internacional sobre derechos humanos. Por consiguiente, se convertiría a la Corte IDH en el intérprete “último” y “definitivo” de todos aquellos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que conforman el sistema interamericano.

De igual manera, otro detalle que habrá que considerar a partir del control de convencionalidad, es que una norma infraconstitucional tendría que superar dos vallas, la del control constitucional y la del convencional. Podría suceder que las supere satisfactoriamente pero también podría ocurrir que pese a ser declarada constitucional sea después, según juzgue la Corte, considerada inconvencional y además, siguiendo la versión fuerte del control, inaplicable. O viceversa, siendo la norma inconstitucional sea calificada como convencional y entonces aplicable. Para Sagüés, esta situación perfilaría al control de convencionalidad, en realidad, como un “control de supraconstitucionalidad”⁴⁴⁷. Sin embargo, ni de la CADH ni de ningún otro tratado, se deriva la obligación para los Estados de integrar y ubicar en el

la Corte emita. Conforme al artículo 29° del Reglamento de la Corte IDH, quedan comprendidas las interpretaciones realizadas al resolver sobre “medidas provisionales”, “supervisión de cumplimiento de sentencias” o, incluso, sobre la instancia de solicitud de “interpretación de la sentencia”. Asimismo, debe comprender, según sostiene, las interpretaciones derivadas de las “opiniones consultivas”, debido a que tienen como finalidad la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. (Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme...”, cit., pp. 584-585).

⁴⁴⁴ Cfr. M. HENRÍQUEZ VIÑAS, “La polisemia del control de convencional interno”, *International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 24, 2014, p. 127. Disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/8542>.

⁴⁴⁵ Cfr. M. CARBONELL SÁNCHEZ, *Introducción general al control de convencionalidad*, Porrúa, México, 2013, p. 83.

⁴⁴⁶ Cfr. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit., § 2.

⁴⁴⁷ Cfr. N. SAGÜÉS, “El “Control de Convencionalidad”...”, cit., p. 464.

sistema jurídico nacional a los tratados a un nivel superior que el de su Constitución. Menos aún que los órganos vinculados a la administración de justicia estén obligados a tomar esa decisión⁴⁴⁸.

Por otro lado, se justifica la aplicación del control de convencionalidad en la necesidad de uniformizar los criterios jurisprudenciales. Este propósito podría colocar a la Corte IDH en la posición de una corte de casación supranacional que no corresponde a su naturaleza, además de que reduciría las facultades de los jueces nacionales en materia de control de constitucionalidad y de interpretación de los derechos constitucionales, pues tendrían que entenderse a estos últimos únicamente desde las directrices marcadas por el tribunal internacional⁴⁴⁹. Luego, para que exista uniformidad, ésta debe surgir primero de las declaraciones de la Corte IDH. Sin embargo, como señala Vítolo, en los primeros casos en donde comienza a tratar sobre los efectos de su jurisprudencia, los votos emitidos son —a diferencia de los actuales— extremadamente cautelosos, señalando la conveniencia —nunca la obligatoriedad— de que la jurisprudencia de la Corte sea seguida, en razón a su prestigio o de la conveniencia práctica de obtener una jurisprudencia uniforme⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Cfr. K. CASTILLA JUÁREZ, “¿Control interno o difuso de convencionalidad?...”, cit., p. 80.

⁴⁴⁹ Cfr. N. SAGÜÉS, “El “Control de Convencionalidad”...”, cit., pp. 459-460.

⁴⁵⁰ Cfr. A. M. VÍTOLO, “Una novedosa categoría...”, cit., p. 377. El profesor argentino hace referencia al voto del juez Sergio García Ramírez en la causa Tibi, en el cual se señala que “[El] designio [de la Corte] es otro: confrontar los actos y las situaciones generados en el marco nacional con las estipulaciones de los tratados internacionales que confieren a la Corte competencia en asuntos contenciosos, para establecer, a partir de ahí, *orientaciones que posean amplio valor indicativo* para los Estados partes en la Convención, además de la eficacia preceptiva —carácter vinculante de la sentencia, como norma jurídica individualizada— que tienen para el Estado que figura como parte formal y material en un proceso”. (Corte IDH, caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit., voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, § 2). Se agrega en el § 6 que “Consecuentemente, en la lógica del sistema —y en las aspiraciones institucionales de la Corte Interamericana— reside la idea *que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el Derecho interno* —que son el puente entre el sistema internacional y el nacional—, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos. Es esto —un poder de influencia, reconstrucción, orientación, información— lo que explica y justifica, a la postre, una jurisdicción internacional que no tiene la posibilidad ni la capacidad para abocarse al conocimiento de millares de juicios en los que se ventilen idénticos litigios y se reproduzcan razonamientos y pronunciamientos establecidos y reiterados con antelación”. Esta línea siguió el mismo juez en la causa Trabajadores cesados del Congreso: “Dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte, no cabría esperar que esta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional —lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos— es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el «criterio de interpretación y aplicación», este sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y

Por lo expuesto, resulta claro que con el control convencional en sentido fuerte –como lo plantea la Corte IDH– la CADH puede lesionar válidamente el ordenamiento jurídico interno incluyendo la Constitución, pero la Constitución no puede lesionar a la CADH ni a los criterios de la Corte IDH porque eso acarrearía la responsabilidad internacional del Estado infractor⁴⁵¹.

Desde otro ángulo, Nogueira Alcalá señala que las sentencias de la Corte IDH son incondicionalmente vinculantes para el Estado parte como “obligaciones de resultado”, cuando garantizan una protección de los derechos fundamentales superior al asegurado constitucionalmente⁴⁵². Se reafirma que los Estados partes tienen la libertad para asegurar los derechos con estándares más altos que los que consigna la Corte IDH. En todo caso, si de celeridad se trata –y por eso se busca la uniformidad–, se debe considerar que la Corte IDH es una sola para todos los casos que deben ser resueltos y por tanto, si los tribunales nacionales superan la línea jurisprudencial de la Corte IDH, podrán resolver los casos con anticipación de acuerdo al principio de economía procesal⁴⁵³.

Asimismo, Nash Rojas considera al control de convencionalidad como la concreción jurisdiccional de la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno⁴⁵⁴. Explica que este control es manifestación del vínculo de retroalimentación entre

eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida —insistimos— merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de estos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales”. (Corte IDH, caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit., § 128, Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, § 8). También lo dice la Corte IDH en el caso Cesti Hurtado vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia del 29 de enero de 2000. Serie C, N° 65, § 23, 27 y 30.

⁴⁵¹ Cfr. N. SAGÜES, “El “Control de Convencionalidad”...”, cit., p. 463.

⁴⁵² Cfr. H. NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en período 2006-2011”, *Revista Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Año 10, N° 2, 2012, p. 72. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002012000200003&script=sci_arttext. Consultado el 26/08/2014.

⁴⁵³ Cfr. Ibidem, p. 73. Para Burgorgue-Larsen con el control de convencionalidad se cumpliría el principio de subsidiariedad, en el sentido que se libera a la Corte IDH de la carga procesal. (Cfr. L. BURGORGUE-LARSEN, *La erradicación de la impunidad: Claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional, Universidad Complutense, N° 9, Madrid, 2011, p. 8. Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-la%20erradicaci%C3%B3n%20de%20la%20impunidad.pdf>. Consultado el 17/08/2014).

⁴⁵⁴ Cfr. C. NASH ROJAS, “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Universidad del Rosario*, 2013, p. 490. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=dconstla&n=2013>. Consultado el 17/08/2014.

ambos sistemas normativos –principio de interacción– que “se constituye como un punto de convergencia que permite el diálogo jurisprudencial a la luz de las experiencias nacionales e influye en generar una articulación y estándares en materia de protección de los derechos humanos”⁴⁵⁵.

Por otro lado, explica Sagüés que existe una faceta del control que es constructiva o positiva, la cual se podría asemejar a un control de convencionalidad en sentido débil. Ya vimos párrafos atrás que este es un ejercicio de “interpretación conforme”, el mismo que se podría relacionar con la interpretación que consagran las cláusulas IC. Sin embargo, la interpretación conforme vista sólo desde el DI, puede tener un alcance que derive en la superioridad de la norma y de la jurisprudencia convencional sobre el ordenamiento jurídico estatal. Ello porque se equipara esta interpretación conforme con la interpretación de las normas infra constitucionales conforme a la Constitución⁴⁵⁶. En consecuencia, se llegará al mismo resultado: la superioridad de la CADH y, sobre todo, de los criterios de la Corte IDH en todos los casos, los cuales ocuparían el lugar de una norma suprema controlante a cuya conformidad quedaría supeditado el ordenamiento interno⁴⁵⁷.

En la línea de esta postura, si una cláusula constitucional admite dos o más interpretaciones, el operador debería preferir aquella que coincida con la CADH y especialmente con la jurisprudencia de la Corte y descartar las interpretaciones incompatibles para evitar la declaración de invalidez de la norma por inconvencional. De esta manera, este tipo de interpretación conforme se trataría de una operación de rescate de las normas nacionales⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 491.

⁴⁵⁶ Cfr. A. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, p. 282.

⁴⁵⁷ Al respecto, Ferrer Mac-Gregor señala que con el control difuso de convencionalidad se hace más clara la “internacionalización del Derecho Constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional. (Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme...”, cit., p. 568).

⁴⁵⁸ Había dicho antes Nogueira Alcalá que conforme al principio de buena fe, cabe presumir (como regla) que el legislador local no ha querido contradecir al Pacto de San José de Costa Rica, y que “[...] la legislación interna debe considerarse conforme al derecho convencional, salvo cuando exista una incompatibilidad directa e insuperable entre ambos”. (H. NOGUEIRA ALCALÁ, “Los desafíos de la sentencia de la Corte

A nuestro criterio, el control de convencionalidad en sentido débil no se aparta de los peligros que advertíamos respecto de su versión fuerte. En realidad, es más probable que la interpretación de conformidad contenida en las CIC peruanas tenga otra connotación muy distinta al sentido que le da la Corte IDH⁴⁵⁹. Indagar en esta posibilidad nos puede apartar, probablemente, de una colisión normativa e interpretativa, y puede favorecer, sobre todo, una armonización que optimice la protección de los derechos.

Ahora bien, como no corresponde a este apartado que desarrollemos nuestra propuesta exhaustivamente, seguiremos analizando los fundamentos en que la Corte IDH basa su doctrina del control de convencionalidad. Señalamos antes que el tribunal apela al artículo 27º de la Convención de Viena, según el cual ningún Estado puede justificar el incumplimiento de un tratado internacional con una norma de derecho interno. Sin embargo, es importante mencionar que esta referencia no resulta del todo pertinente, en la medida que dicho dispositivo está dirigido a las relaciones interestatales⁴⁶⁰, en el marco de los tratados celebrados entre los Estados⁴⁶¹; por lo que apelar a una marcada aplicación de este dispositivo en materia de derechos humanos, podría todavía desmejorar el propósito del tratado, tomando en cuenta el artículo 29.b de la CADH⁴⁶².

Interamericana en el caso Almonacid Arellano”, *Revista de Derecho. Universidad Católica del Uruguay*, N° 2, 2007, p. 177. Disponible en: <http://revistadederecho.ucu.edu.uy/inicio/item/11-2%C2%AA-%C3%A9poca-revista-arbitrada-n%C2%BA-2.html>. Consultado el 22/08/2014).

⁴⁵⁹Para Bazán, el mandato de interpretación conforme no debe ser leído en términos de una vinculación jerárquica, sino en función del deber de decantarse por la interpretación de la norma más favorable y efectiva hacia la protección de los derechos, garantías y libertades (principio pro persona o favor libertatis), en la línea del art. 29 de la CADH. (Cfr. V. BAZÁN, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 18/2º, 2011, p. 67. Disponible en:

<http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/V%C3%ADctor%20Bazan.pdf>. Consultado el 20/08/2014.

⁴⁶⁰ M. VILLIGER, *Commentary to the on the 1969...*, cit., p. 370 y ss. Citado por: C. BINDER, “¿Hacia una Corte Constitucional...”, cit., p. 173.

⁴⁶¹ La CPJI se refirió a tal principio en el sentido que “Un Estado no puede invocar respecto de otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el Derecho Internacional (consuetudinario) o los tratados en vigor” y que “es un principio generalmente reconocido del Derecho de gentes que, en las relaciones entre las Potencias contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las del tratado”. (Ver: CPJI. Serie A/B, N° 44, p. 4. Asunto del intercambio de poblaciones griegas y turcas, Serie B, N° 10, p. 20 y CPJI, asunto de las comunidades Greco-Búlgaras, Serie B, N° 17, p. 32).

⁴⁶² Explica Drnas de Clément que el art. 27 de la Convención de Viena se refiere a las relaciones derecho interno-derecho internacional ante una potencial invocación de exclusión de ilicitud por parte del violador y siendo totalmente ajena a la situación de la aplicación de la CADH y a las consecuencias de violaciones de derechos o garantías consagrados en la misma. Por otra parte, el artículo referido es impropio para fundar una

Sostenemos además que buscar un estándar de protección más alto que el del sistema interamericano, en las normas y jurisprudencia nacional, no operaría realmente como una justificación del incumplimiento del tratado o como un acto “inconvenional”, porque en última instancia lo que se procura, según lo que la misma CADH señala y la Corte IDH reconoce, es la protección concreta del derecho. Además, como bien señala Christina Binder, una violación de la CADH en contravención con el artículo 27° de la Convención de Viena implica responsabilidad estatal, pero una violación de dicho artículo no tiene, como tal, consecuencias para la validez de normas internas que contravienen una obligación internacional⁴⁶³.

De la misma forma, no es claro que del artículo 27° se siga la facultad de atribuirse competencias que sólo le corresponden al fuero interno o una obligación específica de distribuir competencias a nivel interno, dotando a los jueces de atribuciones que eventualmente el ordenamiento jurídico interno no les atribuye⁴⁶⁴. Esto va directamente en contra del principio de legalidad que rige en todo Estado de Derecho, y conforme al cual las competencias de los órganos del Estado –y fundamentalmente de aquellos que ejercen jurisdicción– solo pueden ser fijadas por la Constitución o la ley⁴⁶⁵.

presunta primacía de las decisiones jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales sobre el derecho interno de los Estados, aspecto que, por la temática de la Convención, no entra ni siquiera en consideración. (Cfr. Z. DRNAS DE CLÉMENT, “Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿cuarta instancia?”, cit., p. 21).

⁴⁶³ Cfr. C. BINDER, “¿Hacia una Corte Constitucional...”, en A. BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR y otro (Coords.), *La justicia constitucional...*, cit., p. 173.

⁴⁶⁴ Cfr. J. CONTESSE, “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, seminario organizado por la Universidad de Palermo, Buenos Aires, p. 6. Disponible en: http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/paper_contesse.pdf.

⁴⁶⁵ Cfr. M. HENRÍQUEZ VIÑAS, “La polisemia del control...”, cit., p. 125. No obstante, los defensores del control convencional sostienen que –aplicando el mismo principio de legalidad– dicho control resulta ser una nueva dimensión de este principio, en el sentido que el tribunal interamericano va más allá del modelo de validez formal de los actos jurídicos y se les valora como tales en tanto son ajustados a derecho de fuente nacional e internacional. En otras palabras, con el control de convencionalidad se buscaría determinar la “adecuación a derecho” del comportamiento de los Estados en el marco jurídico de la CADH. (Cfr. M. LONDOÑO LÁZARO, “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: Confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLIII, núm. 128, 2010, p. 764. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42719870007>). Añade Londoño que desde esta perspectiva genérica, el control de convencionalidad es un tipo de control de legalidad, que se efectúa en el plano internacional para valorar el grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados, a partir de la comparación entre su conducta y las prescripciones convencionales. Cfr. M. LONDOÑO LÁZARO, “El principio de legalidad...”, cit., p. 797.

A su vez, la Corte IDH apoya sus argumentos en el *effet utile*; no obstante, ese efecto debe dársele a la CADH y no necesariamente a la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH. Además, la necesidad de una efectiva implementación de la Convención a nivel nacional no da tampoco al tribunal interamericano la competencia para determinar *cómo* esto debe ser hecho⁴⁶⁶.

Por otra parte, la Corte IDH señaló en el caso Trabajadores cesados del Congreso que el control de convencionalidad es complementario al control de constitucionalidad⁴⁶⁷. Desde nuestra valoración, estos controles son diferentes en vista a que uno vela por la primacía de la Constitución y el otro velaría por la de la CADH⁴⁶⁸, por lo que es un error asemejarlos. Esto en razón a que el sistema de control constitucional si bien es diferente según cada Estado, se mantiene congruente y uniforme en su esencia, dado que se tiene la misma referencia normativa, normas a contrastar y fines, siendo que lo que cambia es el órgano encargado de hacerlo, lo que le da su distinta denominación.

Por el contrario, en el caso del control difuso y concentrado de convencionalidad, no hay una identidad constante⁴⁶⁹ en las normas de contraste. Luego, en el caso de un control concentrado, según la Corte IDH se tomaría como parámetros a la CADH, a la jurisprudencia y a los demás tratados que le otorguen competencia a la Corte, mientras que en un control difuso sólo podría tomarse como parámetros a la CADH y a todos los tratados que el Estado haya ratificado y le otorguen competencia a la Corte. Sin embargo, también es posible que no todos los tratados que los Estados hayan ratificado le reconozcan competencia a la Corte para conocer de todo su contenido⁴⁷⁰. En consecuencia, los tratados que no han sido

⁴⁶⁶ Cfr. C. BINDER, “¿Hacia una Corte Constitucional...”, cit., p. 173.

⁴⁶⁷ Ver Voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade con motivo del Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit., § 3.

⁴⁶⁸ Cfr. A. VILLANUEVA, “El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos humanos fundamentales”, ponencia presentada en Congreso de Derecho Público: Democracia y Derechos, Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 2012, p. 12. Disponible en: <http://derecho.uba.ar/institucional/deinterres/derechos-humanos-marcos-villanueva.pdf>.

⁴⁶⁹ Cfr. K. CASTILLA JUÁREZ, “¿Control interno o difuso de convencionalidad?...”, cit., p. 73.

⁴⁷⁰ La Corte IDH sólo tiene competencia para conocer de: toda la CADH, de conformidad con el artículo 62.3 de la misma; de toda la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8, último párrafo de la misma; del párrafo a del artículo 8 y del artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, de conformidad con el artículo 19.6 de dicho Protocolo; del artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención De

ratificados por el Estado no podrán ser parámetro de control internacional a cargo de la Corte IDH aunque le reconozcan competencia –menos aún podrán ser parámetro del control de convencionalidad interno o difuso– pues de lo contrario, aplicar a los Estados los efectos de otros instrumentos no ratificados, supone afectar su soberanía estatal al pretender vincular al Estado a tratados que no ha decidido libremente suscribir ni incorporar a su ordenamiento interno⁴⁷¹. De igual manera, existen diferencias en los fines, los medios⁴⁷² y efectos⁴⁷³ de cada control de convencionalidad.

En realidad la única similitud que podemos encontrar entre el control convencional y el constitucional es que tienen una norma suprema para evaluar todo lo que se encuentra bajo ese sistema⁴⁷⁴. Básicamente, se trata de operaciones jurídicas con distinta naturaleza por dos razones: (a) A la Corte IDH no le corresponde expulsar ni inaplicar las normas internas que se opongan al tratado como principal resultado de la aplicación del control, sino que le corresponde determinar el incumplimiento de una obligación internacional y, posterior a ello, eventualmente podría solicitarle al Estado que no se aplique o se expulse una norma, pero dejando la elección de los medios a cargo del Estado internacionalmente responsable; y (b) el juez nacional nunca va a poder determinar la responsabilidad internacional, sí más bien,

Belém Do Pará”, de acuerdo con lo establecido en sus artículos 11 y 12 así como jurisprudencia de la propia Corte; de toda la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de conformidad con su artículo XIII. (Cfr. K. CASTILLA JUÁREZ, “¿Control interno o difuso de convencionalidad?...”, cit., p. 90).

⁴⁷¹ Cfr. M. HENRÍQUEZ VIÑAS, “La polisemia del control...”, cit., p. 130. De hecho este problema ya se ha hecho tangible en el caso Pueblo Indígena Saramaka vs. Surinam donde la Corte aplicó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales pese a que Surinam no es parte del Convenio, extendiendo, a criterio de Álvaro Paúl Díaz, en forma bastante imaginativa las obligaciones emanadas de otros instrumentos internacionales. (Cfr. A. PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana in vitro...”, cit., p. 311). (Ver Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, §92 y 93). De igual manera, el mismo autor destaca que en el caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, la Corte IDH usó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, considerando que la CADH no hace ninguna mención a los derechos de personas discapacitadas, también un artículo del Protocolo de San Salvador que no está sujeto a su jurisdicción y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que no hace ninguna mención al sistema de peticiones individuales de la Corte IDH, todo ello como argumento para establecer que “las personas con infertilidad en Costa Rica [...] debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva”. (A. PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana in vitro...”, cit., p. 312). (Ver Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, §288-293).

⁴⁷² Luego, en el control de convencionalidad concentrado el medio para llevarlo a cabo es el procedimiento o denuncia internacional mientras que en el control difuso sería de oficio en el marco de las competencias de cada órgano. (Cfr. K. CASTILLA JUÁREZ, “¿Control interno o difuso de convencionalidad?...”, cit., p. 72).

⁴⁷³ Similar criterio tiene M. HENRÍQUEZ VIÑAS, “La polisemia del control...”, cit., p. 138.

⁴⁷⁴ Cfr. K. CASTILLA JUÁREZ, “¿Control interno o difuso de convencionalidad?...”, cit., p. 74

puede ser la fuente de ello⁴⁷⁵. En base a lo anterior queda sentado que el juez nacional no es juez interamericano y cada quien tiene su función y campo de acción empezando por la naturaleza de la protección que tienen a su cargo, mientras una es principal la otra es subsidiaria⁴⁷⁶.

Asimismo, lo que podría restarle consistencia a la manera como se plantea el control difuso de convencionalidad es la revisión o control concentrado que hace posteriormente la Corte IDH de dicho control difuso, en virtud de la abierta posibilidad que tiene de considerarlo inconvencional y de las razones en las que se sustente⁴⁷⁷. Con relación a ello, la Corte IDH en el caso *Liakat Ali Alibux*, resuelto el 30 de enero de 2014, expresó: “La Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad [...]”⁴⁷⁸. En ese sentido, es posible que la figura del control convencional busque principalmente revalorizar las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos de manera que la CADH se efectivice.

⁴⁷⁵ Castilla Juárez critica que algunos hayan construido la justificación del control de convencionalidad atendiendo al caso europeo y la aplicación que los jueces nacionales hacen del derecho comunitario. Para el autor, resulta claro que mucho de la formulación del falso control de convencionalidad tiene inspiración en lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) estableció en el caso *Simmenthal*, y lo que algunos llaman el control de comunitariedad, pero la pequeña diferencia es que la mayoría de las normas de derecho comunitario europeo fueron aprobadas para que éstas tuvieran prevalencia o primacía frente a las leyes nacionales, aunque esa primacía no implica necesariamente control difuso. Al respecto se puede ver: Sentencia del 9 de marzo de 1978 en el asunto 106/77 en el que el TJUE declaró que: Los jueces nacionales encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones del derecho comunitario, están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional. (Cfr. K. CASTILLA JUÁREZ, “¿Control interno o difuso de convencionalidad?...”, cit., p. 74).

⁴⁷⁶ Cfr. K. CASTILLA JUÁREZ, “Control de convencionalidad interamericano...”, cit., p. 162.

⁴⁷⁷ Para Castilla Juárez, ello demostraría que en realidad el control que se manda a pedir a los Estados se trata de un falso control de convencionalidad. (Cfr. K. CASTILLA JUÁREZ, “Control de convencionalidad interamericano...”, cit., p. 162).

⁴⁷⁸ Ver Corte IDH. Caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C nº 276, § 124 y 151. Para Castilla esta declaración es paradójica con lo que antes había señalado la Corte sobre el examen de convencionalidad, al que calificó como una obligación a cargo de los Estados, por medio de la cual buscó imponer en éstos un modelo de control de la regularidad de las normas nacionales frente a las obligaciones derivadas de la CADH. No obstante, la última apreciación de la Corte se complementa con lo que dirá después el juez Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado: “En todo caso, la Corte IDH ha reiteradamente establecido que lo importante es que se le otorgue un ‘efecto útil’ al tratado, es decir, que el mismo sea respetado y garantizado de la forma que los Estados parte consideren más pertinente”. Lo cual, según Castilla, se aparta de algunas de sus anteriores opiniones, en las que apoyaba o creía en un modelo uniforme (con diferentes intensidades). (Cfr. K. CASTILLA JUÁREZ, “Control de convencionalidad interamericano...”, cit., p. 157).

De lo expuesto hasta este momento, se muestra también que desde el DIDH y especialmente desde la CADH, se postula una relación de coordinación con los Estados y, que de figuras como el efecto de “cosa interpretada”, “erga omnes” o hasta el control de convencionalidad, interpretadas de acuerdo a la naturaleza del DIDH, sus características y fines⁴⁷⁹, no pueden surgir auténticos mandatos que establezcan jerarquías normativas, diseños de control de la regularidad normativa o la forma de organización de los Estados⁴⁸⁰; sino más bien propuestas tendientes a compatibilizar y armonizar los contenidos normativos y jurisprudenciales nacionales y convencionales. Sobre este último asunto nos referiremos precisamente en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III

LA CLAVE HERMENÉUTICA DE LA «INTERPRETACIÓN DE CONFORMIDAD» Y EL DIÁLOGO ENTRE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS TRIBUNALES PERUANOS

A lo largo de este capítulo y luego de haber sentado las bases de la relación de coordinación que se postula desde el sistema jurídico peruano por un lado y, desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Interamericana por el otro, evidenciaremos que es posible efectuar dicha coordinación y con ella cumplir con el mandato de interpretación compatible y armónica, a través del principio *Pro homine*. Asimismo, pondremos de relieve que con el empleo de este principio hermenéutico se comprenderá cabalmente la vinculatoriedad de los fallos de la Corte IDH, en el marco de un necesario diálogo judicial. Para ello, volveremos a la «interpretación de conformidad» esta vez de modo global, sintetizando los principales postulados constitucionales e internacionales en torno a ella, y con una valoración de sus consecuencias prácticas. Luego, nos referiremos a la

⁴⁷⁹ En ese sentido, la Corte IDH señaló desde hace mucho que su función “[...] enclavada dentro del sistema de protección de los derechos fundamentales, es tan amplia como lo requiere la salvaguardia de tales derechos, pero ceñida a los límites naturales que la misma Convención le señala”. (Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, § 22).

⁴⁸⁰ Cfr. CASTILLA JUÁREZ, “Control de convencionalidad interamericano...”, cit., pp. 165 y 167.

exigencia de una coordinación normativa, jurisdiccional e interpretativa entre ambos órdenes de protección para la tutela efectiva de los derechos. Seguidamente, apreciaremos la trascendencia de la instauración de un auténtico diálogo judicial interamericano, específicamente entre el Tribunal Constitucional peruano y la Corte Interamericana. Reflexionaremos, posteriormente, sobre el contenido del *Pro homine* que dispone actuar siempre a favor de la persona y de sus derechos en el caso concreto. De este modo, finalmente, engarzaremos su contenido con el mandato de «interpretación conforme» lo cual hará manifiesta su ineludible presencia como clave hermenéutica que sostiene el sistema de protección dual de los derechos humanos, y desarrollaremos, a partir de la metodología de interpretación de derechos del profesor Toller, una propuesta de aplicación del principio *Pro homine*.

A. EN BÚSQUEDA DE LA CLAVE HERMENÉUTICA DE LA «INTERPRETACIÓN DE CONFORMIDAD»

1. La «interpretación de conformidad» desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y desde el Sistema Jurídico peruano

Al inicio de nuestro trabajo mencionamos que nos encontramos inmersos en el proceso de internacionalización de los derechos humanos y constitucionalización del DIDH⁴⁸¹. Es evidente que este proceso ha superado el momento germinal y de primigenia maduración, en los que al decir de Ferrajoli, los derechos fundamentales se convirtieron en límites no sólo internos sino también externos de los poderes públicos⁴⁸². En esa línea, hay aristas de este proceso que constantemente suscitan nuevas reflexiones y nos ubican dentro de una siguiente etapa de fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales al interior de los Estados como instancias primarias y más propiamente en el trayecto del redescubrimiento del SIDH.

⁴⁸¹ Aclaramos que cuando hablamos de constitucionalización del DIDH no asimilamos tal proceso a la instauración de una nueva carta constitucional interamericana para los Estados conformada por la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, como erróneamente podría interpretarse, por ejemplo, del voto disidente del ex juez del tribunal interamericano A. Cançado Trindade en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros). Vs. Perú. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007 Serie C No. 174, § 7.

⁴⁸² L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 26.

Uno de los temas de permanente debate es el referido a la vinculación de los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH para los Estados parte de la CADH que han aceptado su competencia contenciosa y específicamente para el Estado peruano. Este asunto que venimos abordando desde el primer capítulo, nos remite a su vez a otro tema de aguda y constante discusión: la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. Esta disputa en materia de derechos humanos adquiere ángulos particulares en razón al contenido de las obligaciones que asumen los Estados frente a cualquier particular.

En ese sentido, la pregunta por cómo se relacionan e interactúan el derecho interno y el DIDH ha sido abordada desde distintos enfoques, lo que nos ha llevado a agrupar y distinguir por un lado, la perspectiva del derecho nacional y por el otro, la del DIDH. Notamos, a partir de estas dos posturas, que más allá de los puntos de contraste o disociación como parte del debate y superados éstos, existe una vía común y conciliadora que reúne a constitucionalistas e internacionalistas y los hace coincidir en la existencia de una forma más apropiada para explicar la relación, llevando la discusión a otro nivel que busca definir el contenido del tipo de relación que los une. De esta manera, la vía que han encontrado en común es la técnica hermenéutica de la «interpretación de conformidad» la cual, como vimos, se manifiesta a manera de “puente” que conecta ambos ámbitos de protección nacional e internacional y establece entre ellos una relación de coordinación.

En el caso del sistema jurídico peruano, esta técnica está contenida en las denominadas «cláusulas de interpretación conforme», una de ellas dispuesta en la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución, cuya ubicación –pese a ser desafortunada– no resta ni anula su funcionalidad y, la otra, en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, cuyo contenido agrega un elemento importante y a la vez polémico referido precisamente a la incorporación de las decisiones de la Corte IDH, la cual según ha juzgado el TC peruano en la sentencia del caso Castillo Chirinos, se refiere a la vinculatoriedad de la *ratio decidendi* de los fallos de la Corte IDH para el Estado peruano.

Desde el DIDH esta técnica hermenéutica puede vislumbrarse con mayor o menor consistencia en doctrinas creadas por la misma Corte Interamericana como el ya conocido control de convencionalidad –o los llamados efectos *erga omnes* de su jurisprudencia o

también *res interpretada*– el cual, entre sus variantes difuso y concentrado, necesita ser reevaluado con miras a comprender el sustrato de lo que quiere decir “conformidad” en un examen de contrastación que debe apuntar a la protección de los derechos en concreto.

De esta manera, de una primera valoración conjunta –esto es, desde el DIDH y desde el sistema jurídico peruano– del contenido de la «interpretación de conformidad» consideramos que dicha “conformidad” debemos entenderla en su sentido material o sustancial como mera compatibilidad o correspondencia entre las disposiciones constitucionales y convencionales así como entre la jurisprudencia de la Corte IDH y la de los tribunales nacionales, ello en razón a las siguientes valoraciones.

En primer lugar, ya desde el primer capítulo hicimos alusión al posible significado de los vocablos “de conformidad” en atención a la naturaleza de las cláusulas IC que contienen esta expresión. Ahora bien, si conjugamos aquel significado con el sentido ordinario del término, vemos que “conformidad” hace alusión a “semejanza”, “igualdad”, “unión”, adhesión” y “simetría” que en otros términos se equipara al ajustamiento, adecuación o adaptación de una cosa a otra⁴⁸³. Es decir, existe un parámetro cuyo contenido es la base para la adecuación o ajustamiento de otro componente o elemento. Aplicado ello a la “interpretación conforme” que postulan el DIDH y el ordenamiento jurídico peruano con las CIC, tenemos que el contenido a ajustarse está conformado por las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce así como por el contenido y alcances de los mismos. A su vez, pareciera que el parámetro al que en principio, según la redacción de las cláusulas, aquel contenido debe ajustarse, está conformado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En segundo lugar, hacemos una distinción respecto al parámetro conforme al cual el derecho interno debe ajustarse. Pareciera, como dijimos antes, que aquel parámetro lo conforman la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH. No obstante, “conformidad”

⁴⁸³ Ver DRAE.

también significa armonía, concordancia o conciliación de dos o más elementos entre sí⁴⁸⁴. Si tomamos el significado integral vemos que se dota de un particular sentido a aquel ajustamiento al que hacíamos mención, dado que conlleva la adecuación simultánea de ambos componentes y no sólo de uno de ellos respecto del otro, siendo que lo que corresponde determinar es el parámetro en relación al cual ambos elementos deben ajustarse y que es el punto culminante de nuestro trabajo.

Apreciamos entonces que dicha conformidad se traduce en un proceso de ajustamiento que ha de ser aplicado para alcanzar una concordancia o afinidad entre aquellos que se conforman y no para llegar a una plena identidad de sus contenidos. Luego, la conformidad a la que se refieren las CIC peruanas no conlleva un deber⁴⁸⁵ de aplicación única y exclusiva de la normativa y jurisprudencia internacional sobre derechos humanos dentro del ordenamiento peruano. Esto porque aplicar la conformidad en sentido contrario, es decir, como plena identidad, supone ubicar a aquella normativa y jurisprudencia internacional como condiciones de validez del ordenamiento jurídico peruano.

Para un mejor análisis de lo antes dicho, cabe mencionar primero que la “interpretación conforme” ha sido empleada también para desentrañar el contenido de las disposiciones legales en el entendido que éstas encuentran su fundamento y límite en la Constitución de la cual obtienen su validez formal y material, es decir, una interpretación en cualquier caso supeditada a la Constitución. Evidentemente con esto se reafirma el papel preponderante y prioritario de la Carta Magna.

Ahora, este sentido de la “interpretación conforme” no es plausible en el caso de las CIC y la relación del sistema jurídico nacional con el DIDH⁴⁸⁶, en virtud a que la naturaleza

⁴⁸⁴ Cfr. Ídem.

⁴⁸⁵ Cfr. L. SILVA IRARRÁZAVAL, “La dimensión legal de la interpretación constitucional”, *Revista chilena de Derecho*, Vol. 41 N° 2, 2014, pp. 440-441. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177032561004>. Consultado el 21/08/2014.

⁴⁸⁶ No cabe pues una analogía entre la interpretación conforme a la Constitución y la interpretación conforme a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH. En el primer caso, esta conformidad opera en el entendido que la Carta Magna goza de primacía constitucional, en vista a que es la norma jurídica suprema que confiere unidad al ordenamiento, por lo que se convierte en un contexto obligado para la interpretación de cualquier texto jurídico. Mientras que en el segundo caso, la conformidad es mera compatibilidad en el resultado de la interpretación de los derechos fundamentales y no plena semejanza o identidad. (Cfr. M. GASCÓN ABELLÁN, “Voz «Interpretación conforme (con la Constitución)»”, en M. CARBONELL (Coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, Porrúa, UNAM, México D.F., 2002, p. 316. Citado por: V. BAZÁN, “Breves notas

de esta técnica hermenéutica no es asimilable a la realidad descrita previamente. En caso contrario, como mencionamos antes, habría que considerar a la normativa y jurisprudencia internacional como condiciones de validez del ordenamiento jurídico peruano. Esto no es posible principalmente por dos razones: (a) se opone a la función de integración que marca la naturaleza de las CIC en tanto que afirmaría a la CADH como norma jerárquicamente superior a la Constitución y parámetro de validez del resto de normas que conforman el ordenamiento; y (b) se opone a la naturaleza del TC peruano como máximo intérprete y garante de la norma fundamental, el cual estaría entonces sometido a los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH como nuevo garante supraconstitucional⁴⁸⁷.

Consideremos además que si con las cláusulas se pretendiera la aplicación obligatoria de la CADH y de los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH en todos los casos, eso significa que sobraría la declaración constitucional de derechos fundamentales y se tornaría inútil su aplicación, bastando realizar una remisión a las disposiciones convencionales que reconoce aquellos derechos. De igual manera, en el caso de la jurisprudencia, bastaría una remisión directa a los criterios del tribunal interamericano sin necesidad de mayor intervención prudencial del TC peruano⁴⁸⁸.

Asimismo, tomemos en cuenta que tanto la CADH como los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH, son contenidos mínimos de protección. En consecuencia, no es posible que se desprenda de las CIC la exigencia de imponer su aplicación porque de otro modo se suministraría un nivel de protección siempre en escala mínima o reducida, restringiendo cualquier patrón mayor de protección que puedan otorgar los ordenamientos nacionales⁴⁸⁹, de acuerdo a la circunstancias del caso. Es decir, se estaría promoviendo a través de las CIC

sobre las previsiones del Código Procesal Constitucional peruano respecto de la labor interpretativa de los jueces y el Tribunal Constitucional”, en J. PALOMINO MANCHEGO (Coord.), *El Derecho Procesal Constitucional Peruano...*, cit., p. 315).

⁴⁸⁷ Cfr. A. SAIZ ARNAIZ, “La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española)”, en G. BANDEIRA GALINDO y otros (Coords.), *Protección multinivel de derechos humanos*, cit., pp. 50-51.

⁴⁸⁸ Este argumento dimana del postulado planteado por el Tribunal Constitucional español al analizar las cláusulas de interpretación conforme españolas, que desarrollamos en el primer capítulo de nuestro trabajo

⁴⁸⁹ Cfr. A. SAIZ ARNAIZ, “La interpretación de conformidad: Significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución Española)”, en L. LÓPEZ GUERRA y A. SAIZ ARNAIZ (Dirs.), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Palestra, Lima, 2015, p. 282.

un nivel mínimo de protección para todas las situaciones, que no podría nunca ser superado por los contenidos normativos e interpretativos nacionales.

En ese sentido, la CADH debe ser considerada como un piso y no un techo⁴⁹⁰, como el mínimo común que todos los Estados parte deben respetar en materia de derechos humanos, siendo posible e incluso deseable que los Estados desarrollen más y mejores caminos de garantía, por lo que colocar siempre por encima de todas las normas a la CADH no es la mejor percepción ni comprensión ya no del sistema interamericano, sino del carácter evolutivo de los derechos humanos⁴⁹¹.

De este modo, la compatibilidad, armonización o integración a la que conduce la «interpretación de conformidad», se concreta en que el juez peruano pueda proponer interpretaciones de las disposiciones constitucionales y convencionales que enriquezcan la visión hasta el momento desarrollada por la Corte IDH. Se trata entonces de un precepto que dispone una constante interpretación innovadora de los derechos, con lo cual se reafirma la propuesta de diálogo judicial que contiene también la «interpretación de conformidad» y que veremos más adelante. Por lo pronto, del acercamiento al contenido de la interpretación conforme, vemos que el juez nacional no se queda atrapado en la norma y jurisprudencia interamericana sino que puede en todo momento desarrollar una interpretación más favorable y legítima de los derechos fundamentales⁴⁹².

De igual manera, la «interpretación de conformidad» que se postula desde el DIDH ha de insertarse en el principio de subsidiariedad que lo caracteriza y que se hace tangible en la

⁴⁹⁰ Cfr. K. CASTILLA JUÁREZ, “Principio Pro persona en la administración de justicia”, *Revista Cuestiones Constitucionales*. UNAM, núm. 20, 2009, p. 68. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88511735002>. Consultado el 26/08/2014.

⁴⁹¹ Cfr. K. CASTILLA JUÁREZ, “¿Control interno o difuso de convencionalidad?...”, cit., p. 83.

⁴⁹² El profesor Saiz Arnaiz señala que la apertura al DIDH puede manifestarse como mera recepción, asumiéndose una actitud pasiva o por el contrario con un comportamiento más propositivo y activo que pretenda influenciar en algún modo la lectura convencional de los derechos. (Cfr. A. SAIZ ARNAIZ, “Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de derechos humanos: las razones para el diálogo”, en L. LÓPEZ GUERRA y A. SAIZ ARNAIZ (Dir.), *Los sistemas interamericano y europeo...*, cit., p. 168). La aproximación del profesor español nos permite afirmar que la conformidad en el caso del Estado peruano no significa plena identidad, pues ésta determina una recepción y aceptación inerte del contenido normativo convencional, contrariamente a la dinamicidad interpretativa que comienza a caracterizar a los fallos de los tribunales peruanos, que analizaremos más adelante y que parte de las mismas cláusulas IC. Así, este comportamiento se decanta por una conformidad como compatibilidad que lleva al Estado a asumir cada vez más una actuación dispuesta al diálogo, con la iniciativa de buscar interpretaciones armonizables no excluyentes.

libertad que se deja a los Estados de brindar una garantía superior al estándar brindado por la CADH y la Corte IDH. En consecuencia, no se circunscribe la interpretación de los derechos y libertades que la Carta Magna del Estado reconoce, a la aplicación exclusiva y excluyente de los criterios formulados por la Corte IDH. Al contrario, a través de la interpretación conforme se promueve que el juez peruano tomando en consideración ambas fuentes del DIDH, vaya más allá de las soluciones propuestas por el tribunal interamericano y desarrolle una tarea más dinámica en la recepción del derecho convencional⁴⁹³.

Desde otro ángulo, vale la pena mencionar la distinción que se hace en las formulaciones de una y otra CIC peruanas. Resulta que en la cláusula contenida en la CDFT de nuestra Constitución, el legislador prescribe que serán “las **normas** relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce” las que serán armonizadas con las normas internacionales sobre esta materia, mientras que en la segunda cláusula, se prescribe con un tono más preciso que es “el **contenido** y alcances de los derechos constitucionales” los que se interpretarán en consonancia con tales disposiciones y con las decisiones de los tribunales internacionales (el resaltado es nuestro). Hay claramente, una importante diferencia entre armonizar las disposiciones que enuncian los derechos o las normas que se desprenden de ellas y compatibilizar los contenidos de los derechos fundamentales.

Respecto a los alcances de esta distinción nos referiremos más adelante, específicamente en el apartado que trata la inexistencia de conflictos entre derechos. En lo que a este punto corresponde, consideramos que aquella distinción nos es útil en el sentido en que la segunda cláusula apunta directamente a la médula de la protección tanto nacional como internacional, cual es, la determinación de los contenidos de los derechos a los cuales debe brindársele tutela y de los cuales se pide su armonización.

En ese sentido, podemos preguntarnos ¿A qué llama el ordenamiento interno “contenido de los derechos fundamentales” de los cuales se ordena su armonización? ¿Cómo se determina el contenido de los derechos? ¿Qué debe incluir dicho contenido

⁴⁹³ Cfr. H. NOGUEIRA ALCALÁ, “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Universidad del Rosario, 2013, p. 521. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=dconstla&n=2013>. Consultado el 31/07/2014.

iusfundamental? Formuladas estas interrogantes, podemos avizorar que, de acuerdo a la naturaleza de las CIC y de una interpretación armónica de todo el ordenamiento jurídico nacional, la respuesta encierra una comprensión de la formulación del contenido de los derechos que comienza en el texto constitucional y convencional, se va desarrollando a partir de las explicaciones de sus intérpretes pero requiere necesariamente de las circunstancias concretas y exigencias particulares de cada caso para su correcta determinación⁴⁹⁴. Considerando ello ¿No será que se han dejado abiertas las posibilidades del ejercicio hermenéutico del contenido de los derechos, para que el juez nacional lo complemente y no se restrinja a la interpretación que resulte del ámbito interamericano de protección?

A su vez, la misma aproximación a la determinación del contenido de los derechos fundamentales podemos aplicarla desde la posición del legislador convencional en razón a que define claramente su protección como coadyuvante y complementaria. Luego ¿Por qué es conveniente considerar que ésta es la intención de ambos sistemas de protección?

Básicamente porque no es posible determinar el contenido de los derechos sólo a partir de fórmulas constitucionales y convencionales abstractas y generales que enuncian los derechos o *nomen iuris* con algún grado menor de indeterminación en ocasiones, sino que se necesita en la totalidad de los casos que aquellas fórmulas sean concretadas de acuerdo al

⁴⁹⁴ El TC peruano ha reconocido que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori*, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular la dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona. Además, el contenido de los derechos fundamentales sólo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto. (Ver: STC Exp. N° 1417-2005-AA/TC, fundamentos jurídicos 21 y 22). Sumado a ello, afirma Antonio-Luis Martínez-Pujalte que “Hay que huir del error de considerar que la delimitación del contenido de los derechos fundamentales pueda ser concebida como una operación abstracta y dogmática, realizada al margen de las situaciones concretas en que se plantean problemas relacionados con los derechos fundamentales. Por el contrario, toda interpretación jurídica supone dar una respuesta a problemas concretos de la realidad, y es en el intento de dar una solución justa a tales problemas en el que se conforma la interpretación, también la de los derechos. Por ello, para delimitar el contenido de un derecho y determinar si ese contenido ha sido vulnerado hay que tener en cuenta las circunstancias concretas del problema, que me iluminarán sobre su solución justa. Por supuesto, otra cosa es que, a la luz del examen y la solución de problemas similares que se plantean reiteradamente ante los Tribunales, se pueda llegar a deducir principios generales que puedan servirme para abordar los casos que se susciten en el futuro”. (A. MARTÍNEZ-PUJALTE, “Toda interpretación jurídica debe ser una respuesta a problemas concretos”, entrevista realizada por Johnny Mállap Rivera, *Revista Derecho y Cambio Social*, Núm. 4, año 2, 2005).

ajustamiento interno propio de los derechos atendiendo a su naturaleza y finalidad⁴⁹⁵, lo que hace que tanto las disposiciones como la interpretaciones que extraen de ellas los jueces no sean categorías estables o fijas⁴⁹⁶, sino que requieran en circunstancias futuras de una nueva actualización.

De esta manera, si los contenidos de los derechos fundamentales de los cuales se refiere la cláusula IC y de los que prescribe su armonización, son aquellos de los que se procura su efectiva protección, lo que sigue es que su determinación no pueda quedar definida y agotada únicamente⁴⁹⁷ en los contenidos normativos y jurisprudenciales interamericanos. De esto también se deriva que la retroalimentación en la labor interpretativa que realizan los jueces sea constante y que por lo tanto, ni una ni otra interpretación o norma sea el parámetro de control de la restante, sino que ambas alcanzan una mayor trascendencia y justificación en la medida que respondan de forma más adecuada a la protección del derecho presente en el caso.

Con lo anterior además se hace más claro que son concretos los contenidos de los derechos porque concretas son las manifestaciones de la dignidad del titular a través de su comportamiento⁴⁹⁸; expresiones que no pueden quedar encasilladas en textos constitucionales y convencionales ni en criterios jurisprudenciales, de ahí que “[...] todo depende de la definición de las circunstancias bajo las que la dignidad de la persona puede quedar afectada”⁴⁹⁹. En otras palabras, la dignidad humana no garantiza lo que se imagina como bueno o provechoso para la persona, sino que tiene que comprenderse de forma

⁴⁹⁵ Cuando hablamos de la naturaleza del derecho nos referimos a aquello por lo cual el derecho es lo que es y no otro distinto, siendo que el contenido del derecho brota de la esencia misma del derecho. Sumado a ello, está la finalidad del derecho, que abarca los bienes humanos que se intentan proteger con la libertad de que se trata. Igualmente, sirve para determinar las pretensiones o facultades que caen dentro del contenido constitucional del derecho y cuales quedan sin cobertura constitucional. (Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, “Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales”, *Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces*. Universidad de Piura, tomo 139, 2005, p. 8. Disponible en: http://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2065/Algunas_pautas_determinacion_contenido_constitucional_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1).

⁴⁹⁶ Cfr. J. MUÑOZ ARNAU, Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional español, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 93. Citado por: L. CASTILLO CÓRDOVA, “Acerca de la garantía del “contenido esencial” y de la doble dimensión de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho*. Universidad de Piura, Vol. 3, N° 3, 2002, p. 14.

⁴⁹⁷ Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, “Acerca de la garantía...”, cit., p. 16.

⁴⁹⁸ Cuya garantía y respeto reconoce el ordenamiento peruano como fin supremo de la sociedad y del Estado.

⁴⁹⁹ C. STARCK, *Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 148.

palpable, por lo que no es posible reducir su protección a una mera fórmula aplicable a todos los casos⁵⁰⁰. Por lo tanto, al interpretar las CIC y los contenidos de los derechos se tiene que respetar y proteger al hombre concreto en su dignidad⁵⁰¹.

En ese sentido, todos estos elementos nos dan mayores alcances sobre el parámetro conforme al cual se podrán ajustar, adecuar y armonizar los contenidos normativos y jurisprudenciales nacionales y convencionales, con lo cual podemos vislumbrar que se trata de un criterio o parámetro que permita proteger los contenidos concretos de los derechos, es decir, que en todo momento favorezca la protección y despliegue visible de los derechos.

2. Efectos de la «interpretación de conformidad»

De una estimación errónea de las cláusulas IC que colocaría a la CADH y la jurisprudencia del tribunal de San José como los parámetros a los cuales tendría que adecuarse el ordenamiento jurídico nacional, se concluye que existiría cierta subordinación de la Constitución a la Convención Americana y de los tribunales internos, especialmente el TC peruano, a los criterios interpretativos de la Corte interamericana. Con relación a ello, es menester aclarar las conclusiones a las que se llega a partir de una interpretación teleológica de la «interpretación de conformidad».

a. No existe subordinación normativa de la Constitución a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Del estudio de las CIC junto con las demás disposiciones constitucionales referidas a derechos fundamentales, se determina la modalidad de ingreso y el lugar que ocupan los tratados de derechos humanos en el ordenamiento peruano. En esa línea, la posición de la

⁵⁰⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 149 y 152. Así, mientras que en un sentido se constatará que en la generalidad de los casos se trata del mismo hombre en cuanto le es inherente la naturaleza humana que comparte con otros –que el profesor Chávez-Fernández explica como la estructura ontológica, específica, constante, dinámica y fundamental que hace iguales a dos o más personas concretas– en otro sentido, se corroborará que se trata no sólo de otra persona sino además de una manifestación distinta de aquella misma dignidad, que requerirá para su determinación atender a las condiciones de la situación particular. (Cfr. J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Palestra, Lima 2012, pp. 106 y 152).

⁵⁰¹ Cfr. *Ibidem*, p. 148.

CADH no puede ser otra más que la de rango constitucional. A su vez, las disposiciones convencionales son de aplicación inmediata, lo cual no significa que pierdan su naturaleza de derecho internacional, es decir, ingresan al sistema mas no se confunden con las disposiciones constitucionales y no se convierten en normas constitucionales en sentido formal, pero sí entran a formar parte del llamado bloque de constitucionalidad, conservando también su condición de garantía mínima, coadyuvante y subsidiaria como su propio preámbulo lo establece⁵⁰².

Al respecto, conviene preguntarnos ¿cómo es posible que la CADH una vez incorporada al bloque de constitucionalidad peruano y siendo de aplicación inmediata, siga concibiéndose como subsidiaria? Al respecto, es necesario resaltar que se trata de disposiciones convencionales inacabadas y amplias cuya finalidad es complementar al derecho interno en materia de derechos humanos, por lo cual no pretende sustituirlo sino más bien reforzarlo y completarlo, pero no para clausurarlo sino más bien mejorarlo. En ese sentido, porque no contienen una regulación cerrada es que además de complementar buscan al mismo tiempo complementarse con la regulación interna armonizándose con ella. De ahí que ambas fuentes normativas se apliquen simultáneamente y no de forma alternativa.

De esta manera, no se procura a través del mandato de las cláusulas IC establecer una relación de subordinación del ordenamiento que incorpora respecto a aquel que es incorporado⁵⁰³, sino una integración o coordinación de sus contenidos para lograr sus cometidos. En estos términos ha de asimilarse entonces la naturaleza subsidiaria del derecho convencional y su relación normativa con los dispositivos constitucionales. Bajo esta lógica,

⁵⁰² En ese sentido la Convención Americana es muy clara, a tal punto que de una interpretación integral del texto convencional no se desprende que el tratado ostente algún grado de preeminencia normativa respecto a los ordenamientos jurídicos internos.

⁵⁰³ Caballero Ochoa señala que el hecho que “[...] la Constitución se interprete de conformidad con los tratados no lesiona la supremacía constitucional, sino que precisamente reconoce la conformación de un “bloque de constitucionalidad” mediante derechos integrados”. (J. CABALLERO OCHOA, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)”, en M. CARBONELL y otro (Coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2012, p. 115. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033>. Consultado el 21/08/2014). Esta afirmación del profesor Ochoa nos permite añadir otra razón a la inexistencia de una subordinación normativa de la Constitución a la Convención, esta es que si bien los derechos que enuncian las disposiciones convencionales son de aplicación inmediata, aquellos no se prefieren, superponen ni desconocen los derechos fundamentales contenidos en las disposiciones constitucionales, es decir, la incorporación de los derechos reconocidos convencionalmente no los hace “mejores derechos” que los reconocidos constitucionalmente.

como ha precisado el TC, no cabe asumir una tesis dualista de primacía del D.I. sobre el Derecho interno ni a la inversa; se requiere, por el contrario, una solución integradora y de construcción jurisprudencial que coadyuve a alcanzar la finalidad común de ambos, sintetizada en el caso del ordenamiento peruano en el artículo primero de su Constitución⁵⁰⁴.

Por su parte, la Corte IDH ha señalado que al aprobar tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal, dentro del cual, por el bien común, asumen varias obligaciones⁵⁰⁵, luego, como estas obligaciones lo son frente a los particulares –lo cual la misma Corte enfatiza–, entonces el orden jurídico al que obedece el Estado es aquel en el que se establezca una protección normativa nacional conjuntamente con la convencional que permita una vigencia real y plena de los derechos humanos, y compatible con el resto de Estados de los derechos humanos; sólo, de esta manera el Estado peruano cumple realmente con sus obligaciones ante los particulares⁵⁰⁶. Por lo tanto, creemos que debe superarse el paradigma de superioridad de la CADH sobre el orden jurídico estatal.

b. No existe subordinación jurisdiccional de los tribunales peruanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni subordinación interpretativa de la jurisprudencia nacional a la convencional

Las mejores condiciones de protección que se procuran obtener mediante el proceso de armonización, son las que orientan la articulación competencial entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el tribunal interamericano; además, al ser posible que estas mejores condiciones se reciban de una u otra fuente, se rechaza entonces la idea de que exista una subordinación jurisdiccional de las instancias judiciales domésticas a la Corte IDH. De esta manera, la inexistencia de una prelación entre jurisdicciones se sustenta principalmente en la fórmula de la cuarta instancia, que analizamos antes y conforme a la cual: (a) La Corte

⁵⁰⁴ Ver STC Exp. N° 0679-2005-PA/TC, fundamento jurídico 36.

⁵⁰⁵ Ver Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, § 29.

⁵⁰⁶ De los trabajos preparatorios de la CADH así como de las observaciones planteadas por los diversos Estados se determina que el establecimiento de la Convención responde al propósito de lograr su aplicación en un plazo breve que contribuya a la mejor protección interna de los derechos y no a la creación de un ordenamiento jurídico supranacional. (Ver más información en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/basicos/ActasConferenciaInteramericanaDDHH1969.pdf>) Consultado el 29/08/2014.

IDH como órgano jurisdiccional subsidiario no constituye una instancia sucesiva ni un tribunal de alzada dentro del sistema de justicia nacional, que se encargue de revisar lo decidido por las instancias internas previas⁵⁰⁷; (b) en el proceso internacional ante la Corte, la materia controvertida, las partes intervinientes y el derecho aplicable no son sustancialmente los mismos a los que corresponden a los procesos que conocen los tribunales internos; (c) el fallo del tribunal de San José no afecta la calidad de cosa juzgada de la sentencia expedida en la instancia nacional, sino que esta última constituye un requisito procesal para comparecer ante la Corte.

En consecuencia, cada órgano jurisdiccional tiene su campo de acción establecido, por lo que no debieran avocarse a asuntos que escapan de su competencia para invadir la esfera en la que le corresponde decidir al otro⁵⁰⁸. Además, la naturaleza subsidiaria de la jurisdicción interamericana se mantiene como tal incluso después de su intervención y con esto se confirma que lo que a la Corte IDH le corresponde brindar, a través de su fallo, es una protección coadyuvante, complementaria y mínima para fortalecer la protección hasta ese momento brindada por el Estado, permitiendo que éste participe activamente en la elección de los medios. En ese sentido, debe abandonarse también el paradigma de que los tribunales

⁵⁰⁷ Consideremos que la apertura a la jurisdicción interamericana no convierte a la Corte en el órgano judicial principal dentro del sistema de justicia nacional. Luego los alcances de los poderes inherentes a su función jurisdiccional están definidos por la naturaleza subsidiaria que –aún después de conocer un caso concreto– caracteriza al tribunal y, por lo tanto, aquellos poderes tienen límites al interior de los Estados.

⁵⁰⁸ En concreto, a la Corte IDH no le corresponde decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad que pueden afectar al acto o a la omisión del Estado señalados como contrarios a la CADH en el proceso del que toma conocimiento, aunque el discernimiento y fallo del tribunal sea contrario a lo resuelto con calidad de cosa juzgada por la última instancia interna. Incluso, se genera un mayor inconveniente cuando se denomina a este juzgamiento “ultra competencial” como parte del control de convencionalidad, cuando sería en realidad un comportamiento sustancialmente distinto a lo que comportaría el examen convencional. Señaló Rey Cantor que con las sentencias internacionales que ordenan reformar la Constitución ¿cuáles son los alcances y vigencia jurídicos de la teoría del Poder Constituyente? La jurisprudencia de la Corte IDH genera una doble erosión jurídica: al principio de la supremacía constitucional y a la teoría del Poder Constituyente, porque es claro que no goza de supremacía una Constitución que eventualmente podrá ser objeto del control de convencionalidad. Por consiguiente, ese Poder Constituyente dejaría de ser incondicionado e ilimitado, supremo, superior y único. (Cfr. E. REY CANTOR, “Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes”, en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo II, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Lima, 2009, pp. 794-795).

nacionales, especialmente el TC peruano, se encuentran subordinados jurisdiccionalmente a la Corte IDH⁵⁰⁹.

Por otro lado y respecto a la supuesta subordinación jurisprudencial, debemos distinguir que es obligatoria la «interpretación conforme» que establecen las CIC sin que sea obligatoria la aplicación de los criterios de la Corte IDH, precisamente porque no es el conjunto de juicios valorativos de este tribunal el parámetro que regula aquel mandato de interpretación y porque, como hemos visto, lo que contiene la interpretación conforme es una orden de armonización o adecuación entre sí.

En esa línea, los criterios interpretativos de la Corte también se incorporan al orden jurídico interno como guías o pautas hermenéuticas, manteniendo su condición de fuente accesoria reconocida desde el DIDH. Por consiguiente, esto no hace al tribunal interamericano el supremo intérprete de una porción del ordenamiento jurídico nacional, pues el ingreso de sus criterios no produce una modificación de las competencias asignadas a las autoridades jurisdiccionales. De este modo, el TC peruano mantiene su posición de máximo intérprete del derecho nacional que incluye a las disposiciones convencionales y la Corte IDH su calidad de intérprete último de la Convención en su condición de derecho internacional.

Es importante mencionar que lo anterior no resta el notable valor que tienen los criterios del tribunal de San José en el fuero nacional. En ese sentido, la Corte IDH concebida como institución judicial⁵¹⁰ del sistema interamericano, ostenta una competencia contenciosa que posee una eficacia de primer orden para la vida social y jurídica⁵¹¹, de ahí que su

⁵⁰⁹ En ese orden de ideas, valorar que la Corte IDH no es una cuarta instancia nos ayuda a distinguir la autoridad final para decidir un caso e interpretar la CADH en los procesos interamericanos de la autoridad que asume este papel en los procesos judiciales internos. Luego, “Que la Corte IDH tenga autoridad final y sea el último intérprete del derecho interamericano en un proceso internacional seguido contra un Estado parte por la presunta violación de una disposición de la CADH no significa que ella sea, además, el intérprete final de la CADH en los procesos internos”. (E. MALARINO, “Acerca de la Pretendida...”, cit., p. 440).

⁵¹⁰ Así lo precisa el artículo 1º de su Estatuto.

⁵¹¹ Resaltó el ex juez de la Corte García Ramírez que las determinaciones de este tribunal pueden tener mayor alcance en la medida en que a través de ella se establece el sentido de una norma —la disposición aplicada en la sentencia y para fines de ésta— y de esta suerte se construye una jurisprudencia orientadora. No obstante, este último efecto no es lo que caracteriza rigurosamente la sentencia, cuyo propósito es decidir una contienda específica, no regular la conducta futura de otras personas o instituciones. (Cfr. S. GARCÍA RAMÍREZ, *Presentación de la publicación de la Opinión Consultiva OC-18/03 emitida por la Corte Interamericana*, editada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2004).

interpretación convencional sea eminentemente autorizada. De esta manera, el estatus institucional y jurídico que caracteriza a este tribunal, ha sido la llave que le ha permitido afianzar paulatinamente la estimación de su doctrina jurisprudencial y en muchos casos ha favorecido la aplicación inmediata de sus fallos al interior de los Estados⁵¹². Con esto incluso se ha incrementado la responsabilidad de los Estados, quienes en calidad de garantes del sistema interamericano⁵¹³, asumen principalmente el encargo de poner en marcha su adecuado funcionamiento sobre la base de lo que falle la Corte.

En esa línea, no hay que perder de vista que este sistema ha transitado por diversas etapas y que en los primeros periodos de maduración, el peso o la fuerza vinculante de los fallos de la Corte ha encontrado un apoyo valioso en el elemento autoritativo que acompañaba a la legitimidad de su discernimiento y, que hoy en día, precisamente por la evolución del sistema y la necesidad de su redescubrimiento y fortalecimiento, aquella misma posición autoritativa necesita estar más que antes conectada a la trascendencia del aporte jurisprudencial de los jueces nacionales, en el entramado de funciones que corresponde a cada uno.

Por otro lado, la obligación del Estado peruano de considerar y acudir a la jurisprudencia interamericana, no proviene esencialmente y en un sentido positivista o formalista de las CIC, sino del propósito que inspira a la Norma Fundamental y, por lo tanto, de un mandato anterior a esta prescripción. Este presupuesto refuerza igualmente la repercusión del papel institucional-autoritativo que caracteriza a la Corte IDH. Luego, no se

⁵⁰⁹ En 2008, García Ramírez resaltó que existe una doctrina jurisprudencial interamericana cada vez más abundante, incisiva y trascendente, que abarca ya una buena parte de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables en Estados americanos. Valoró el ex juez de la Corte, que el carácter progresista de esa jurisprudencia se ha mantenido e incrementado y que el "puente" entre los órdenes nacional e internacional se fortalece con la explícita recepción nacional por parte de los tribunales internos, de la jurisprudencia de la Corte. En ese sentido, son notables los desarrollos en esta dirección, que constituyen una de las novedades más estimables de los últimos años, cada vez mejor conocidas y documentadas. (Cfr. S. GARCÍA RAMÍREZ, "Cuestiones de la Jurisdicción Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 2008, p. 220. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v8/v8a5.pdf>). Revisar también la revista *Diálogo Jurisprudencial*, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos-Tribunales Nacionales-Corte Interamericana de Derechos Humanos* (núm. 1, julio-diciembre de 2006), en la que se recogen sentencias nacionales de países americanos sustentadas en el DIDH y, más específicamente, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

⁵¹³ En esa línea, afirma García Ramírez que es necesario que el sistema interamericano, sujeto a revisión constante y profunda, opere con la participación convergente de quienes lo integran. Luego, la tutela internacional de los derechos debe operar "con" los Estados, no "contra" ellos, (Cfr. S. GARCÍA RAMÍREZ, "Cuestiones de la Jurisdicción...", cit., p. 221).

debe equiparar la incorporación de sus criterios interpretativos con su aplicación cerrada y confusa sólo porque proceden de su autoridad o para reforzarla, sino que, precisamente porque proceden de la autoridad del tribunal y para reforzarla, los jueces nacionales deben incrementar y mejorar sus juicios y valoraciones prudenciales para que se eleve internamente el estándar de protección planteado, siendo éste en realidad el mandato de autoridad que proviene del tribunal, el cual puede llevar a que en muchas ocasiones no sea conveniente aplicar su criterio.

No resulta casualidad que ya desde el origen del cuerpo normativo convencional, se haya renunciado a establecer cualquier criterio de superioridad respecto a las interpretaciones jurisprudenciales de los tribunales nacionales, quienes son precisamente los llamados a interpretar, aplicar y obtener preferentemente de la CADH su *effet utile*.

3. La relación de coordinación en la «interpretación conforme»

a. La exigencia de una coordinación normativa del ordenamiento jurídico peruano y la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Si desde el sistema jurídico nacional y la CADH se postula una relación de coordinación entre ambos, podemos colegir que dicha relación debe darse en tres niveles: normativo, jurisdiccional e interpretativo. Todo ello a efecto de realizar la labor de ajustamiento y armonización de ambas fuentes de derechos humanos. En esa línea, a efecto de explicar la coordinación normativa entre las disposiciones convencionales y constitucionales, debemos acudir en primer lugar a las características de ambas, las cuales contienen formulaciones genéricas de los derechos que nombran básicamente los bienes jurídicos protegidos. Considerando esto, se reduce la posibilidad de contradicción normativa entre ambos lo que haría en principio posible la armonización de sus contenidos. No obstante, incluso con fórmulas generales pueden desprenderse interpretaciones contrarias, como actualmente ocurre⁵¹⁴.

⁵¹⁴ Para Castillo Córdova, en estos casos “[...] los respectivos jueces habrán concluido normas contrarias entre sí a partir de unas mismas disposiciones”. (L. CASTILLO CÓRDOVA, “La relación entre los ámbitos normativos...”, cit., p. 242).

Asimismo, no todas las disposiciones constitucionales y convencionales contienen únicamente fórmulas genéricas de los derechos en vista a que esto restaría su operatividad. Encontramos también disposiciones cuya indeterminación es menor. Esta situación, incrementa en alguna medida las posibilidades de colisión en el supuesto que la Constitución contenga la fórmula genérica de algún derecho mientras que la CADH contenga una concreción que “a la letra” contravenga la fórmula constitucional general o viceversa⁵¹⁵.

A partir de lo expuesto ¿Cómo afecta el grado de generalidad y concreción de las disposiciones constitucionales y convencionales a su coordinación? Al respecto, es necesario que se reconozca que las disposiciones convencionales tienen un mayor grado de generalidad que el que tienen las disposiciones constitucionales⁵¹⁶ y por lo tanto, se interpreten y apliquen en ese sentido. Sólo así es factible aplicar una protección que esté primeramente en manos de los operadores jurídicos internos al momento que interpreten las disposiciones nacionales y convencionales. A su vez, con esta consideración se atiende a la naturaleza complementaria de las últimas.

De lo contrario, con la lectura de las disposiciones convencionales como fórmulas más concretas o con un menor grado de indeterminación que las disposiciones constitucionales, es evidente que se reducen o hasta se cierran temerariamente las posibilidades de interpretación y actuación de los jueces nacionales lo que da lugar a que en muchos casos – por no decir que en su gran mayoría– la interpretación que realicen los jueces internos colisione con el tratado, sin que tenga que ser así. Además, en esta situación, el carácter de garantía mínima de la CADH puede convertirse en un arma contraria a su finalidad.

Lo anterior porque de la aproximación al Pacto de San José como un conjunto de disposiciones con menor grado de generalidad que las disposiciones internas, sumado a la exigencia de que la CADH es un piso mínimo de protección que debe ser siempre

⁵¹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 243. En todo caso, la viabilidad de una armonización depende del grado de generalidad que aún mantenga la disposición con algún grado de concreción del derecho. En otras palabras, una contradicción irreconciliable dependerá de la pérdida total de generalidad de la fórmula con algún grado de concreción, por lo que sólo en ese caso es casi imposible la convivencia de ambas disposiciones. Sin embargo, esta situación sólo podría presentarse si nos encontrásemos ante reglas jurídicas convencionales que no es el caso de las disposiciones convencionales que reconocen los derechos.

⁵¹⁶ Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, “La relación entre los ámbitos normativos...”, cit., p. 245.

considerado por los Estados, el resultado será que este nivel nunca podrá ser superado dado que estará concretado ya desde los enunciados, en mayor medida que lo que el derecho interno pueda llegar a concretar. Se tratará de una regulación convencional, sino totalmente acabada, al menos, completada de tal manera que las normas internas no podrán optimizarla sin salir de sus fronteras y “colisionar” con ella. Si fuese así, lo que se percibiría es un progresivo distanciamiento de la protección tangible de los derechos.

Por el contrario, si reconocemos el mayor grado de generalidad que tienen las disposiciones convencionales, la garantía de protección mínima es perfectamente compatible con la finalidad de la CADH porque no se restringe a los Estados la posibilidad de concretar las disposiciones y superar el contenido dispositivo básico de la Convención.

Desde otro ángulo, la coordinación normativa entre la Constitución y la CADH, se explica a través de tres principios hermenéuticos⁵¹⁷, los cuales son: (a) Principio de unidad de los derechos humanos; (b) principio de unidad normativa; y (c) principio de unidad aplicativa. En virtud del primer principio, como los derechos convergen y se predicán de una misma realidad que es la persona, los contenidos de los derechos se configuran y corresponden con esa unidad primera de la cual participan y a partir de la cual se manifiestan⁵¹⁸. Asimismo, el SIDH lo conforman no sólo la CADH sino además los distintos ordenamientos jurídicos regionales, luego los contenidos normativos sobre derechos humanos de las dos fuentes, deben ser entendidos como parte de una estructura coherente, unitaria y ordenada la cual ha de ser mantenida en aras de alcanzar los fines propuestos. De igual manera sucede cuando las disposiciones convencionales ingresan a los diferentes sistemas de justicia estatales dotados de una estructura sistematizada e interrelacionada, cuyo orden también ha de ser respetado y promovido para alcanzar la misma finalidad a la que apunta la comunidad internacional, esta vez al interior de cada Estado.

Esto se condice con lo que sostenemos sobre la interpretación de las cláusulas IC a la luz de los principios de interpretación constitucional. Visto y propuesto en realidad no para reafirmar la supremacía de la Constitución en sentido formal o jerárquico, sino para

⁵¹⁷ Desarrollados previamente por el profesor Castillo Córdova.

⁵¹⁸ Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, “La relación entre los ámbitos normativos...”, cit., p. 252.

garantizar la unidad y coherencia normativa de todo el ordenamiento que se corresponde con la primacía del contenido material de la Constitución al interior de cada Estado y no se contrapone con la primacía del contenido material de la Convención más bien se complementa. Por lo tanto, las disposiciones convencionales han de ser leídas como parte de este ordenamiento unitario y coherente, con lo cual, refiriéndonos al tercer principio, deben ser aplicadas en ese sentido. Desde luego, cualquier aplicación contraria justificada en una “contradicción” entre las disposiciones, atenta no sólo contra el orden interno, incluso contra la propia racionalidad de la disposición convencional llamada a formar parte de un orden normativo interno congruente. En todo caso, el orden jurídico internacional que se busca no es sino el que opera al interior de cada Estado.

En resumen, en esto consiste la coordinación normativa entre las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales y las disposiciones convencionales: una retroalimentación que busca la armonía o compatibilización entre ambas, que atendiendo a las características de sus disposiciones es posible alcanzar, distinguiendo que los derechos que tutelan van más allá de los *nomen iuris* que los enuncian y que son sus contenidos armónicos los que permitirán una coordinación de las normas llamadas “iusfundamentales”, siendo menos los casos en los verdaderamente pueda darse una confrontación de los enunciados normativos. Luego, en esas circunstancias, los jueces deberán leer las disposiciones y normas en consonancia con su sentido teleológico optando por la que sea razonablemente favorable para la persona⁵¹⁹.

Finalmente, lo expuesto podría dar la impresión de que se genere alguna fragmentación en el ejercicio de los derechos de acuerdo a lo dispuesto por la Convención; sin embargo, es precisamente la labor de armonización la que ayudará a evitar esta situación. Mientras tanto, tratadistas como Ferrer Mac-Gregor involucrados cercanamente con el SIDH, reconocen que existe cierto parámetro que además de guía o pauta interpretativa, es la “clave” para lograr

⁵¹⁹ Para Bidart Campos, el juez nacional debe interpretar y aplicar el DIDH cuando éste fije un plus sobre el derecho nacional y a su vez, el juez internacional debe considerar el derecho nacional que mejora o complementa el derecho internacional. (Cfr. G. BIDART CAMPOS, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 84. Citado por: M. HENRÍQUEZ VIÑAS, “Sistema integrado de protección...”, cit., p. 130.

la máxima efectividad de los derechos humanos⁵²⁰, que podría ayudarnos a cumplir con la exigencia de coordinación normativa superando cualquier riesgo de fragmentación.

b. La exigencia de una coordinación jurisdiccional entre los tribunales peruanos y la Corte Interamericana

Hemos visto que el curso de la protección de los derechos humanos ha seguido un camino de adentro hacia afuera, desde el derecho interno hacia la comunidad global en el marco de la jurisdicción internacional. Con ello, no debemos perder de vista que también se requiere que aquel tribunal internacional descienda hacia las distintas realidades de cada comunidad interna valorando el contexto y las características del sistema jurídico así como el lugar prioritario de la jurisdicción nacional. En ese sentido, la base para que opere una relación de coordinación jurisdiccional requiere que se consideren y respeten los ámbitos de acción de cada uno. De este modo, la sentencia internacional que da por conculcada una norma convencional, traslada al Estado el deber de reparar la transgresión acompañado de medidas el tribunal disponga para resarcir a los afectados, de acuerdo a sus facultades, mas no deroga, modifica o nulifica por sí misma la norma y criterio violatorio. Si bien se tratan de sentencias de condena y no sólo meramente declarativas, ello no les atribuye la calidad de sentencias autoejecutivas, pues el tribunal no ejecuta por sí mismo sus sentencias ni le corresponde acudir a la coacción para la ejecución forzada⁵²¹. De esta manera, cada Estado asume la potestad jurisdiccional para asegurar el cumplimiento de los efectos de la sentencia en sede interna de acuerdo a las exigencias del caso⁵²².

c. La exigencia de una coordinación interpretativa entre la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia interamericana

Esta exigencia se apoya en el reconocimiento del grado de generalidad de las disposiciones constitucionales y convencionales. En ese sentido, si se considera que la Convención tiene disposiciones más concretas, luego la interpretación que realice la Corte IDH de aquellas ya con un contenido restringido, será más hermética aún e imposible de

⁵²⁰ Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme...”, cit., p. 537.

⁵²¹ Cfr. G. BIDART CAMPOS y S. ALBANESE, *Derecho Internacional...*, cit., p. 73.

⁵²² Cfr. *Ibidem*, p. 192.

superarse. No se trata tampoco de que la interpretación que haga este tribunal tenga una fórmula igual de genérica que la disposición convencional, porque efectivamente ésta requiere ser concretada y la labor de la Corte IDH es esa, pero sí se trata de hacerlo de forma moderada.

De esta manera, si partimos del reconocimiento del carácter general de las disposiciones convencionales y contrariamente a su naturaleza subsidiaria, la Corte IDH al momento de concretarlas, procede a codificarlas y reglamentarlas sustantivamente a modo de reglas específicas, y éstas al ser trasladadas a los Estados asumirán la forma de una compilación normativa que se impondrá al ordenamiento jurídico, limitando las posibilidades de interpretación de los jueces internos. Luego, la Corte IDH no debe formular patrones normativos convencionales cuando el tratado en su mayoría contiene disposiciones con un grado de generalidad mayor al que tienen las disposiciones constitucionales.

Con este panorama, en el que se ven claramente los límites que la CADH marca a la Corte IDH por un lado y, el comportamiento del mismo tribunal por el otro, es posible pensar que si al menos no hay un reconocimiento expreso de la prevalencia de su jurisprudencia, ésta resulta ser postulada de facto. Pese a ello, este hecho no es prueba indubitable de la superioridad de la jurisprudencia del tribunal interamericano, menos aún de la norma convencional sobre el derecho interno⁵²³. Además, recordemos que forma parte del *modus operandi* de la Corte IDH acudir frecuentemente a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para incorporar categorías jurídicas, conceptos o interpretar la CADH, sin que esto implique que se establezca alguna relación de subordinación⁵²⁴.

⁵²³El profesor Saiz Arnaiz explica este fenómeno afirmando que las decisiones judiciales, especialmente las de algunos tribunales internacionales circulan, se difunden, son conocidas y citadas por los jueces nacionales pero esto no quiere decir que las reglas jurisprudenciales o los criterios interpretativos que se contienen en dichas decisiones, posean un singular valor o eficacia que obligue a la toma en consideración en todo caso. (Cfr. A. SAIZ ARNAIZ, “Tribunal Constitucional...”, cit., pp. 154-155).

⁵²⁴ Cfr. N. TORRES ZÚÑIGA, “Las relaciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales locales. La incorporación de la jurisprudencia internacional en el marco de la resolución de conflictos por jueces nacionales”, *Gaceta Constitucional*, Tomo 19, 2009, p. 44. Vemos que han proliferado los casos en los que la Corte IDH ha utilizado criterios jurisprudenciales de la Corte Europea de derechos humanos, llegando en muchas ocasiones a no dar una referencia específica a un fallo en el cual se sustenta la posición defendida por el juez. Laurence Burgorgue-Larsen y Nicolás Montoya Céspedes, realizaron una investigación empírica para descifrar el diálogo entre la Corte IDH y el Tribunal Europeo de derechos humanos, en el caso del SIDH algunos de los casos a los que se refirieron son: Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y Otros vs. Colombia, de 27 de noviembre de 2008; Corte IDH Heliodoro Portugal vs. Panamá, de 12 de agosto de 2008; Corte IDH

Al contrario, la constante remisión y uso de los criterios jurisprudenciales de otros tribunales, puede ser también percibido como una oportunidad de utilizar alternativas abiertas a la interpretación constitucional bajo la consigna de que la actuación de los operadores jurídicos nacionales se sitúe con base al principio de complementariedad y subsidiariedad del DIDH, como la primera y principal garantía de los derechos internacionalmente protegidos⁵²⁵.

Tal parece entonces que el uso de los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH por los jueces nacionales no es un referente claro de cierta anteposición de aquellos sobre el discernimiento o valoración del juez nacional, ni tampoco lleva implícita una obligación de utilizarlos siempre⁵²⁶. En realidad la actuación de ambos niveles de protección se presenta como una compleja maquinaria de garantía de derechos⁵²⁷, por lo que en cada circunstancia concreta la interpretación que desarrolle el juez interno podrá estar auxiliada por la integración coherente y mínima que ofrezca la Corte IDH, para que el primero construya sobre la base de su propio razonamiento, el argumento que dé la solución al caso, de modo que se obtenga el beneficio más valioso para la persona⁵²⁸.

Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, de 21 de noviembre de 2007; Corte IDH Blake vs. Guatemala, de 2 de julio de 1996. En este estudio también se revela que es usual en la Corte IDH recurrir a la jurisprudencia de la Corte Europea y a la doctrina con una referencia general pero sin citar específicamente el caso. Así por ejemplo, tenemos los votos razonados del Juez A. Cançado Trindade en los siguientes fallos: Corte IDH. Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (Interpretación de la Sentencia de Fondo), de 2 de agosto de 2008; Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú (Interpretación de la Sentencia de Fondo), de 30 de noviembre de 2007. (Cfr. L. BURGORGUE-LARSEN y otro, “El diálogo judicial entre la corte interamericana de derechos humanos y la corte europea de derechos humanos”, en G. BANDEIRA GALINDO y otros (Coords.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, cit., p. 191).

⁵²⁵ Cfr. M. DEL TORO HUERTA, “La apertura Constitucional...”, cit., p. 335.

⁵²⁶ Además, refiere Torres que “El Estado Constitucional contemporáneo tiene como características principales a la complementariedad y cooperación entre Estados, entre Estados y organizaciones internacionales, entre otros, [...] ello supone que el Estado adopte modelos de “recepción jurídica” en los que se reconozca la diversidad de fuentes del Derecho y se haga del Derecho Comparado “la quinta vía hermenéutica”, lo que incluye a los tribunales internacionales”. (N. TORRES ZÚÑIGA, “Las relaciones entre la Corte Interamericana...”, cit., p. 45. Se puede ver: P. HÄBERLE, “Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica”, en A. PÉREZ LUÑO (Coord.), *Derecho y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996, p. 156 y M. DEL TORO HUERTA, “La apertura Constitucional...”, cit., p. 342).

⁵²⁷ Cfr. M. DEL TORO HUERTA, “La apertura Constitucional...”, cit., p. 335.

⁵²⁸ Cfr. G. BIDART CAMPOS, “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna”, ponencia en el Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 1994, p. 13. Citado por: H. NOGUEIRA ALCALÁ, “La soberanía, las Constituciones y los tratados internacionales en materia de derechos humanos: América Latina y Chile”, en E. FERRER MAC-GREGOR, *Derecho Procesal Constitucional*, cit., pp. 1417-1418.

Por otro lado, debemos tomar en cuenta que se ha superado la visión clásica que tenía el D.I. del derecho interno en lo que atañe a derechos humanos. Antes, en el ámbito internacional, se consideraba al derecho nacional como un simple hecho no susceptible de ser tomado en cuenta por los tribunales internacionales. Además, este criterio era un requisito para dotar de coherencia lógica al sistema jurídico internacional, porque se creía que si se reconocía el carácter normativo del derecho nacional en el contexto internacional, se terminaría permitiendo a los Estados usar su propio derecho para invalidar sus obligaciones para con otros Estados, con lo cual se minaría la estabilidad de estas obligaciones⁵²⁹. Sin embargo, en el caso del DIDH cuyo contenido regula bienes jurídicos y principios que fundamentan al propio sistema internacional, aquella consideración ha ido perdiendo paulatinamente vigor, por cuanto se le impele a brindar las mejores condiciones de protección de los derechos, y su concretización requiere forzosamente las circunstancias que rodean al caso. Luego, como las mejores condiciones de protección se pueden encontrar ya sea en el derecho convencional o el derecho interno de cada Estado, no puede considerarse a este último como un simple hecho carente de valor jurídico. Para el profesor español Urueña esta consideración es ahora en la práctica de los derechos humanos, una ficción jurídica⁵³⁰.

Por otro lado, aunque no es posible deducir del uso de la jurisprudencia de la Corte IDH un fundamento consistente que sustente alguna relación de subordinación, sí es posible formular algunas críticas a este uso. En ese sentido, no es usual encontrar dentro del SIDH experiencias de interacción con los tribunales o cortes constitucionales marcadas por un intercambio fluido de criterios interpretativos. Opera sobre todo en el caso peruano una recepción pasiva que supone a veces una adherencia casi inmediata, confundiéndola con el mandato de las CIC y no se da mucho—al menos son pocos los casos de otros Estados⁵³¹—un

⁵²⁹Cfr. R. URUEÑA, “¿Protección multinivel de los derechos humanos en América Latina? Oportunidades, desafíos y riesgos”, en G. BANDEIRA GALINDO y otros (Coords.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, cit., p. 32.

⁵³⁰ El profesor Urueña parte de esta premisa considerando principalmente la experiencia de las cortes y tribunales europeos. (Cfr. R. URUEÑA, “¿Protección multinivel...”, cit., p. 33).

⁵³¹ Como muestra de los casos en los que los tribunales nacionales han discutido sobre los criterios de la Corte IDH, han disentido y hasta lo que se conoce, la postura interna ha prevalecido, tenemos: El pronunciamiento de la Cámara Federal de Salta en el año 2013, el cual se aparta radicalmente de la postura de la Corte en el caso Artavia Murillo. La referida Cámara sostuvo que la ley interna que autoriza la aplicación de las técnicas de fertilización in vitro no determina la fuerza vinculante al caso Artavia. Ello en razón a que: “[...] habiendo reconocido, además, la personalidad del embrión desde la fecundación y por extensión al ovocito pro nucleado, se sostuvo que los mencionados derechos a la salud y a la maternidad debían compatibilizarse con los que

poseen los embriones a la vida y a la integridad física [...]”. (Cfr. L. O., A. y ot. c/ SWISS MEDICAL s/ AMPARO”, EXPTE. N° 007/13, Juzgado Federal de Salta N° 1, julio de 2013; Punto B.- Sobre el análisis del dictum de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; B.1. Cuestiones preliminares). Al respecto, Ludmila Viar, comentó que la posición de la Cámara está amparada en que el ordenamiento argentino reconoce que hay vida desde la fecundación. Añade que esta sentencia aclara que esto no se aplica sólo a los concebidos dentro del seno materno, como distingue Artavia, sino que fuera del seno materno también, por más que no se den las condiciones propias de la concepción natural. Además, contrariamente a la elección que hizo la Corte IDH por la teoría de la implantación, la Cámara Federal de Salta estimó –aplicando el *Pro homine*– que es favorable a la persona protegerla desde la fecundación. Finalmente, Viar también destaca que la sentencia marca la diferencia entre la mujer y la persona por nacer. Así, la Cámara señaló expresamente: “Al respecto, ha de señalarse que aun cuando la protección de la mujer resulte doblemente fundamental cuando lleva una vida en sí, habida cuenta de su propio carácter de persona y de su condición de portadora del no nacido, no puede afirmarse que ella sea el objeto directo de la protección a la vida, pues se trata de dos individuos diferenciados, cada uno titular por sí del derecho a poseerla, conservarla y transitarla. En consecuencia, no es posible tomar a uno como “medio” u “objeto” del otro y, admitir con ello la tesis del fallo que se glosa”. (Cfr. L. A. VIAR, *Jurisprudencia reciente sobre la persona humana respecto a la fertilización in vitro*, documento inédito, Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/jurisprudencia-reciente-persona-viar.pdf>). De igual manera, tenemos el fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza de julio de 2014, en un caso similar al anterior, en el cual también se apartó del criterio de la Corte IDH, y es en el voto ampliatorio del juez Perez Hualde en el que se desarrolla la argumentación de este distanciamiento. Explica el juez que la definición de la Corte IDH sobre el inicio de la vida –en el caso Artavia– es compartida por cinco de los seis integrantes del Tribunal (una disidencia) pero dos de los votos aclaran que sólo alcanzan a este caso en concreto; por lo que sólo la mitad, no la mayoría, proyecta una decisión con alcances mayores. Explica luego que esta jurisprudencia no puede ir más allá que la Convención misma, que es su base de sustentación, ni de su soporte constitucional que le sirvió de cauce de introducción al ordenamiento jurídico. Sostiene que, por más que con la firma de la CADH se limite la soberanía y que los fallos del tribunal deben ser especialmente considerados y aplicados en la mayor medida posible, existen límites precisos que frenan esta aplicación cuando se contradice los principios constitucionales. Luego, no se pueden aceptar cambios en la Constitución, con base en opiniones de una Corte internacional que se desempeña en el marco de una Convención cuya finalidad es complementar sin modificar el plexo de valores constitucionales. Así, sostiene la Corte de Mendoza, el tribunal de San José en el fallo “Artavia Murillo” colisiona contra principios de la propia Convención en la medida en que, más allá de las cuestiones planteadas, formula principios y opiniones con pretensiones normativas en las que descarta la protección preventiva de vida humana y de su dignidad en un estado determinado de su evolución natural cuando su existencia ya ha comenzado indudablemente, con el argumento de su implantación o no en el útero materno. Finalmente, esta Corte plantea que se adopte una postura favorable a la protección de la vida humana en estado embrionario ante situaciones novedosas no suficientemente contempladas por un derecho que nació y creció al influjo de otra realidad fáctica. (Cfr. L.E.H. y Otros/ Recurso extraordinario de inconstitucionalidad en J. 221.605/50.235 "L.E.H. c/O.S.E.P. p/Acción de amparo p/Apelación s/Inc.", Exp. 110.803, Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, julio de 2014). Finalmente, destacamos el caso del Gobierno de República Dominicana que rechazó la sentencia de la Corte IDH del 28 de agosto de 2014, en el caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana, en base a los siguientes argumentos: (a) Su adhesión al artículo 1 del Convenio de La Haya de 1930, faculta al Estado para regular y determinar, de acuerdo con su legislación, quiénes son sus nacionales, siendo este principio de Derecho Internacional innegociable para el Estado dominicano; (b) el gobierno dominicano reitera su compromiso con el SIDH, pero de ninguna manera se puede afectar la soberanía ni la potestad del Estado para definir por sus normas internas el régimen de la nacionalidad; (c) la sentencia de la Corte IDH no consideró aspectos relevantes de la historia de este país, que muestran su voluntad inequívoca de modernizar y mejorar su marco legal; (d) las soluciones que ha planteado el gobierno dominicano y que están en marcha, son fruto del más amplio consenso logrado en este país sobre esta materia; (e) existe una relación de cooperación con la República de Haití en materia de documentación; (f) el deber del Estado es, en primer lugar, defender la soberanía, mantener la estabilidad política y social al interior del territorio y favorecer un clima de convivencia pacífica. De esta manera, República Dominicana desistió de aplicar los criterios de la Corte IDH. Esta declaración fue leída por el vocero del gobierno, Roberto Rodríguez Marchena y publicada en diversos diarios nacionales. (Ver más información en: <http://www.opiniondigital.com.do/el-gobierno-rechaza/>).

auténtico intercambio o discusión judicial en torno a la aplicabilidad y favorabilidad de determinados criterios con previsión de sus consecuencias futuras.

De esta manera, al Estado peruano en el marco de la relación de coordinación con el DIDH, no le corresponde asumir una postura de adherencia plena⁵³², más si de distinción y valoración que le permita ir más allá de la garantía mínima que está contenida en la jurisprudencia de la Corte IDH, presentando las razones necesarias⁵³³ que justifiquen su posición. Lo anterior no significa que se desarrolle paralelamente distintos contenidos de los derechos⁵³⁴ sino que, se asuma que el sistema de derechos en su mínimo cubierto por el DIDH y en su máximo proveniente de las ampliaciones del derecho interno, es uno solo y el mismo, aunque dimane de fuentes distintas⁵³⁵.

Por lo expuesto, vemos que en virtud de la coordinación normativa, jurisdiccional e interpretativa, el orden jurídico nacional necesita del sistema interamericano de protección de derechos como éste inexcusablemente requiere la participación de los Estados para hacer palpable la protección que ambos pretenden. Con ello, podría plantearse: ¿En cuál de los sistemas de protección se concluye, definitivamente, la interpretación de los derechos fundamentales? Ante esta inquietud podemos afirmar que conjuntamente en ambos y al mismo tiempo en ninguno individualmente. Esto debido a que uno no termina por imponerse al otro y aunque se aplique alguna disposición o interpretación preferentemente, ambos

⁵³² Si bien en algún momento el Estado peruano asumió plenamente los criterios de la Corte IDH, debemos considerar el contexto político en el que se desarrollaron los casos y la perpetración de delitos de lesa humanidad. Se puede mencionar a los casos de amparo electoral y de las leyes de autoamnistía como ejemplos de ello. Así, en el fallo recaído en la STC Exp. N° 679-2005-PA/TC, el TC en cumplimiento de lo establecido en la sentencia de la Corte IDH en el caso Barrios Altos vs. Perú, indicó que la ley de autoamnistía carecía de efectos jurídicos. (Cfr. N. TORRES ZÚÑIGA, “Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista Derecho. PUCP*, N° 70, 2013, p. 364. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6757>).

⁵³³ Cfr. N. TORRES ZÚÑIGA, “Control de convencionalidad...”, cit., p. 365.

⁵³⁴ Al respecto, “Este supuesto grafica una dinámica en que tanto en la jurisprudencia nacional como en la interamericana se han desarrollado estándares análogos en términos del objeto de protección del derecho, aunque no ha habido una interconexión entre ellas al momento de definir los alcances de un derecho”. (M. GÓNGORA MERA, “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en A. BOGDANDY y otros, *La justicia constitucional...*, cit., pp. 403-430).

⁵³⁵ Por consiguiente, como señala Bidart Campos, si no entran en intersección las decisiones de la Corte IDH y las de los tribunales estatales, cada una se perderá en vías dispersas que nunca llegarán a unirse, con lo que la eficacia del sistema garantista de control no dará pleno efecto al derecho a la tutela judicial efectiva. (Cfr. G. BIDART CAMPOS, “Jerarquía y prelación de normas en un Sistema Internacional de Derechos Humanos”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, cit., p. 465).

conforman un único sistema de garantía de derechos⁵³⁶ cuyas distintas fuentes se complementan. Y al mismo tiempo en ninguna de las fuentes, porque la interpretación o disposición elegida no será de modo alguno la definitiva y habrá que atenerse a cada caso para fijar el criterio de justicia a aplicarse. En esa línea, para el profesor Bidart Campos no es demasiado osado aseverar que ahora el derecho interno, o como lo llama propiamente, derecho constitucional de los derechos humanos es fuente del derecho internacional⁵³⁷, en base a que el DIDH hace o debiera hacer suyo el derecho interno cuando resulta más beneficioso. Así como el derecho interno no cede o no debiera ceder cuando el DIDH establezca alguna restricción injustificada en la interpretación o en el ejercicio de algún derecho.

B. DEL DIALOGO ENTRE LOS TRIBUNALES PERUANOS Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. Alcances generales de “diálogo”

Al inicio de este capítulo nos referimos someramente a la propuesta de diálogo que contienen también las cláusulas IC. En lo que sigue, mostraremos que la interpretación conforme que debe llevarse a cabo a través de la coordinación normativa, jurisdiccional y jurisprudencial entre el derecho nacional y convencional, será efectiva bajo la consigna de un genuino diálogo judicial.

Señalamos antes que las remisiones que hace el TC a la jurisprudencia de la Corte IDH son de alguna manera manifestación, pero no en su totalidad, de la coordinación interpretativa entre ambas fuentes de protección. No obstante, en tanto permanece la inquietud por conocer lo que comprendería el diálogo judicial interamericano así como las posibilidades reales de llevarse a cabo; es que empezamos mencionando que el término “diálogo”, hace alusión a

⁵³⁶ Afirma también Bidart que para obtener un sistema de derechos de fuente nacional e internacional, completo, total e integral, la interpretación de ese sistema debe ser amplia, elástica y generosa, por lo que el operador del sistema necesita apelar siempre al conjunto de valores, principios y fines que alimentan a la Constitución y al tratado. (Cfr. G. BIDART CAMPOS, “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna”, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 1998, p. 98. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=113>)

⁵³⁷ G. BIDART CAMPOS, “Jerarquía y prelación...”, cit., p. 454.

una conversación o discusión y más precisamente a un “[...] intercambio de argumentos con el propósito de arribar a un entendimiento, una lectura común del derecho, institución, categoría o principio implicado en el diálogo”⁵³⁸.

Por su parte, comenta Pedro Grández que “diálogo” en su significado real denota una interacción *necesaria* entre distintos órdenes jurisdiccionales⁵³⁹, en la cual no se precisa de relaciones de grado sino que se procura armonizar respuestas que logren un mínimo de coherencia y legitimidad en el contexto en el que se producen⁵⁴⁰. Esto explica que un diálogo o intercambio argumentativo siempre entrañará un escenario *deliberativo*, en el cual la conjugación de juicios valorativos cumple una función amortiguadora del conflicto⁵⁴¹, contrario a un escenario de mera imposición de criterios vacío de una consistente argumentación, que es más proclive al conflicto.

Asimismo, la deliberación o discusión colectiva deberá estar ordenada a un fin, el cual, en este contexto, implica obtener la solución adecuada al caso, más allá de que sea mutuamente compartida⁵⁴². Esto porque arribar a la solución no requiere que haya una plena identidad entre los criterios, siendo que la medida que sea más favorable a la realización del

⁵³⁸ A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, 2009, pp. 97-140. Citado por: A. SAIZ ARNAIZ, “Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de derechos humanos: las razones para el diálogo”, en L. LÓPEZ GUERRA y A. SAIZ ARNAIZ (Dirs.), *Los sistemas interamericano y europeo...*, cit., p. 155. En esa línea, Rafael Bustos considera que se trata de “una comunicación entre tribunales derivada de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento) para aplicar el propio Derecho”. (R. BUSTOS GISBERT, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 95, 2012, p. 21).

⁵³⁹ Respecto a la necesidad del diálogo que se traduce en una obligatoria comunicación, Saiz Arnaiz la justifica en la supervivencia del sistema de protección. (Cfr. A. SAIZ ARNAIZ, “Tribunal Constitucional...”, cit., p. 156).

⁵⁴⁰ Cfr. P. GRÁNDEZ CASTRO, “Presentación”, en L. LÓPEZ GUERRA y A. SAIZ ARNAIZ (Dirs.), *Los sistemas interamericano y europeo...*, cit., p. 8.

⁵⁴¹ Para Landa Arroyo la posibilidad de un diálogo no significa que no haya conflictos entre los interlocutores que se comunican entre sí. (Cfr. C. LANDA ARROYO, “¿Diálogo entre la justicia constitucional y la jurisdicción internacional? Entre la incorporación y la manipulación de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano”, en L. LÓPEZ GUERRA y A. SAIZ ARNAIZ (Dirs.), *Los sistemas interamericano y europeo...*, cit., p. 189). En todo caso, como precisa López Guerra, la crítica o el desacuerdo puede ser expresión de la interrelación entre tribunales. (Cfr. L. LÓPEZ GUERRA, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 32, 2013, pp. 139-158. Citado por: C. LANDA ARROYO, “¿Diálogo entre la justicia constitucional...”, cit., p. 189).

⁵⁴² Cfr. A. SAIZ ARNAIZ, “Tribunal Constitucional...”, cit., p. 156.

derecho en cuestión es lo que se discute, se reconoce y se aplica, aunque los criterios de quienes dialogan no siempre coincidan⁵⁴³.

Un elemento vital del ambiente deliberativo judicial es que el debate ha de situarse en el contexto de la pluralidad constitucional⁵⁴⁴ que caracteriza a nuestra región⁵⁴⁵, por lo que ha de respetar las diversas lecturas que sobre los derechos se formule⁵⁴⁶, buscando su compatibilidad lo mejor posible y, claro está, bajo la premisa de que se trata de lecturas razonables y materialmente justificadas, es decir, que consideran y se adecuan al contenido de los derechos que se interpretan. Lo contrario daría lugar a que se tome el diálogo judicial como una oportunidad en la que todos los criterios valen y esto fomente la presencia de un sistema tuitivo incoherente⁵⁴⁷.

En esa línea, es importante mencionar que la obligatoriedad y necesidad del diálogo entre tribunales no viene dada por la diversidad de soluciones; en realidad, la diversidad es

⁵⁴³ Cfr. P. GRÁNDEZ CASTRO, “Presentación”, en L. LÓPEZ GUERRA y A. SAIZ ARNAIZ (Dirs.), *Los sistemas interamericano y europeo...*, cit., p. 9. En esa línea, Landa Arroyo aclara que si bien como consecuencia del diálogo un tribunal nacional puede apartarse de lo expuesto por la Corte IDH, esto no es lo mismo a que se presente una apariencia de diálogo, situación en la que se tergiversa el sentido de un fallo internacional para llegar a una conclusión distinta e incluso opuesta a la que originalmente ha previsto la Corte IDH. (Cfr. C. LANDA ARROYO, “¿Diálogo entre la justicia constitucional...”, cit., p. 194).

⁵⁴⁴ En la clásica definición de MacCormick se concibe a la pluralidad constitucional como aquella situación en la que existen, al menos, dos constituciones, cada una reconocida como válida pero sin que ninguna reconozca a la otra como fuente de su validez. Esto es, situaciones en las que existe una pluralidad de órdenes normativos institucionales, cada uno con una constitución, al menos en el sentido de cuerpo de normas de rango superior que establecen y condicionan el ejercicio del poder político y en el que se reconocen, mutuamente, legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme la supremacía de uno sobre otro. (Cfr. N. MAC CORMICK, *Questioning sovereignty. Law, state and Practical reasoning in the European Commonwealth*, Oxford. Citado por: R. BUSTOS GISBERT, “XV proposiciones generales...”, cit., p. 21).

⁵⁴⁵ De esta manera, es común que la CADH reconozca la diversidad y la pluralidad cultural de los Estados parte, en varios sentidos. Por un lado, en virtud de que su propia creación plurinacional ha generado que las normas, principios y criterios que contiene sean resultado de la suma de tradiciones culturales y constitucionales de sus miembros. Por otro lado, porque el funcionamiento del SIDH encuentra lugar en una zona territorial heterogénea, compuesta por esa diversidad cultural y jurídica, que continúa nutriendo y condicionando en alguna medida, la actividad jurisdiccional regional en esa materia. (Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR y otro, “El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional”, *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, tomo II, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Lima, 2013, p. 612).

⁵⁴⁶ Cfr. A. SAIZ ARNAIZ, “Tribunal Constitucional...”, cit., p. 156.

⁵⁴⁷ Pluralidad en ese sentido, no debe ser asimilada en un contexto de pluralismo porque no son lo mismo. La profesora Ilva Hoyos al referirse al segundo término encuentra en éste la “[...] expresión de un relativismo, una actitud que reduce la verdad a la opinión, la certeza a un parecer, los bienes a estimaciones subjetivas. No hay de suyo nada bueno ni malo: o todo es aceptable o es la mayoría quien determina qué debe realizarse en una situación o época determinada”. (I. HOYOS, *De la dignidad y de los derechos humanos*, Temis, Bogotá 2005, p. 138). De esta manera, es importante valorar, como también señala la profesora, que no basta la diversidad de interpretaciones sino se acompaña de la unidad que las ordena.

consustancial a la pluralidad constitucional y lo que impone el desarrollo de un diálogo es la posibilidad de lograr interpretaciones mutuamente compatibles⁵⁴⁸. De igual manera, se trata de un intercambio argumentativo prolongado y constante que no busca establecer acuerdos definitivos e inalterables, sino proyectar una deliberación de permanente mejoramiento, respondiendo al denominado carácter evolutivo de los derechos fundamentales⁵⁴⁹, que sea cada vez mejor y en la mayor medida posible más favorable a la persona.

Asimismo, se requiere que los actores que participan en el diálogo se reconozcan en condiciones de igualdad. Este requisito es trascendental y no se contradice con la naturaleza y funciones distintas de cada órgano jurisdiccional interno y del tribunal convencional. Al contrario, refuerza la idea de que cada corte o tribunal constitucional se reconozca con la capacidad de ingresar a la conversación en la condición de igual y no con cierta sumisión⁵⁵⁰. De esto depende la intensidad del diálogo que se genere luego, por lo que “[...] cuanto mayor sea el reconocimiento de la legitimidad de la aspiración a decidir la cuestión controvertida de la otra parte, mayor será la necesidad de acercar las posturas en la defensa del propio ordenamiento o, incluso, mayor será la posibilidad de reconocer la potestad ajena para tener la última palabra sobre la cuestión”⁵⁵¹.

Vemos de esta manera que así como de las CIC se reconoce que los tribunales internacionales tienen algo que decir respecto a la interpretación y protección de los derechos fundamentales, también en el artículo 29º de la CADH se reconoce que los tribunales internos pueden y deben pronunciarse cuando la Corte IDH aplica las disposiciones convencionales.

⁵⁴⁸ Además que el grado de interpretación divergente que se considere compatible dependerá de la intensidad y la naturaleza del pluralismo constitucional. (Cfr. R. BUSTOS GISBERT, “XV proposiciones generales...”, cit., p. 22).

⁵⁴⁹ Cfr. P. GRÁNDEZ CASTRO, “Presentación”, en L. LÓPEZ GUERRA y A. SAIZ ARNAIZ (Dirs.), *Los sistemas interamericano y europeo...*, cit., p. 9. Por su parte, Saiz Arnaiz sostiene que el diálogo no es un medio para eliminar el conflicto sino para administrarlo en el tiempo en un proceso de constante adecuación. (Cfr. A. SAIZ ARNAIZ, “Tribunal Constitucional...”, cit., p. 156).

⁵⁵⁰ Bustos Gisbert explica que “[...] el diálogo requiere como paso previo que se reconozca al otro (u otros) sujeto dialogante como digno de participar en el mismo. Esto es, ambos tribunales han de aceptar que el otro tiene algo que decir en la cuestión objeto de controversia. No se trata de que se acepte la competencia del otro tribunal (pues ello lo que llevaría aparejado necesariamente es la titularidad del derecho a decidir por sí mismo). Se trata de que acepte que hay argumentos suficientes para considerar que las razones esgrimidas por el otro tribunal son dignas de ser tenidas en consideración [...]. De este modo, la clave está en que de alguna manera ambos tribunales acepten que los dos tienen un papel que desempeñar en la cuestión, o al menos que acepten que tienen bien la auctoritas para hacerlo, bien motivos razonables para realizar la vindictio potestatis sobre la cuestión objeto de diálogo”. (R. BUSTOS GISBERT, “XV proposiciones generales...”, cit., p. 31).

⁵⁵¹ Cfr. Ídem.

Luego, la misma disposición convencional hace manifiesta la obligatoriedad del reconocimiento del interlocutor distinto al del propio ordenamiento⁵⁵² y por lo tanto la necesidad del diálogo.

Por otro lado, los que participan en este diálogo, como son el TC peruano y la Corte IDH así como el resto de cortes y tribunales constitucionales⁵⁵³ tienen razones válidas para optar por esta vía de comunicación. Es decir, por medio del diálogo el TC puede ver desplegado y fortalecido su rol como máximo intérprete de los derechos fundamentales, lo cual robustece la autoridad de sus decisiones, distinto a lo que ocurriría si optase siempre por una llana remisión a los criterios de la Corte IDH, situación que puede llevar progresivamente a una desacreditación de sus competencias⁵⁵⁴.

Del mismo modo, a la Corte IDH también le es necesario dialogar con los tribunales nacionales, pues no es conveniente presentarse como un órgano jurisdiccional aislado y desinteresado de la influencia de los criterios de los órganos jurisdiccionales internos sobre los derechos fundamentales, que pueden contribuir a una mayor aprobación de sus decisiones. Además, se requiere de un tribunal internacional que consciente de su posición, reconozca que su potestad de corregir las situaciones transgresoras de derechos humanos no le atribuye la condición de intérprete infalible. Luego, sus decisiones alcanzarán mayor legitimidad y asentimiento en la medida que las construya desde una lectura conjunta y prudente de los derechos⁵⁵⁵, lectura que no siempre estará a favor de sus postulados.

⁵⁵² Cfr. R. BUSTOS GISBERT, “XV proposiciones generales...”, cit., p. 32.

⁵⁵³ Como puede observarse, el diálogo judicial es propio, sobre todo, de las instancias de defensa de la constitucionalidad en los distintos ordenamientos. Ello en razón a que son estas instancias las que tienen la última palabra respecto al contenido y alcance de sus propios ordenamientos, lo cual las convierte en las únicas interlocutoras válidas. Lo anterior, no obstante, no impide que los tribunales menores puedan tener un rol importante en el diálogo judicial. En resumen, como afirma Rafael Bustos “[...] las primeras fórmulas de síntesis se realizan, a menudo, en los tribunales inferiores, ascendiendo por la pirámide judicial a través del sistema de recursos que supone la generación de un diálogo interno entre tribunales nacionales. Diálogo que confiere de este modo razones deliberadas en sede judicial que sirven para el pronunciamiento final de la propia instancia última de defensa de la constitucionalidad”. (R. BUSTOS GISBERT, “XV proposiciones generales...”, cit., p. 36).

⁵⁵⁴ Sobre la determinación del contenido de los derechos fundamentales, Saiz Arnaiz afirma que el resultado de la interacción y búsqueda conjunta de la solución más aceptable, en la que participen diversos actores judiciales, seguramente mejora también el grado de aceptación por los destinatarios de la misma. (Cfr. A. SAIZ ARNAIZ, “Tribunal Constitucional...”, cit., p. 171).

⁵⁵⁵ A. SAIZ ARNAIZ, “Tribunal Constitucional...”, cit., p. 174.

Por lo expuesto, podemos constatar que la figura del diálogo judicial está contenida no sólo en el mandato de las cláusulas IC, que rechazan de plano un comportamiento meramente receptivo del DIDH y proponen una faceta más deliberativa y comunicativa, sino también en las pautas o reglas que contiene la CADH para su interpretación.

2. Una aproximación general sobre el diálogo entre la Corte Interamericana y el Tribunal Constitucional peruano

Para explicar la naturaleza del diálogo judicial que ha de implantarse al interior del sistema interamericano y específicamente entre la Corte IDH y el TC peruano, podríamos recurrir, en primer lugar, a la tesis de una “Constitución interamericana” o “Constitución global” como escenario que sería el adecuado para esta conversación deliberativa. Bajo esta hipótesis, se limitaría el poder de instituciones globales, Estados y particulares a través de la adopción de valores como normas jurídicas internacionales. En este caso, la CADH se convertiría en aquella Carta Interamericana de derechos, es decir, una especie de documento constitucional internacional básico⁵⁵⁶. Así, las cortes nacionales funcionarían como agentes de la comunidad internacional, que aplican y hacen cumplir los estándares jurídicos internacionales⁵⁵⁷.

En esa línea, el diálogo surgiría a partir de este documento básico y común a todos los Estados y, la pregunta por cómo el DIDH se incorpora a los sistemas jurídicos nacionales, sería sustituida por la de cómo encontrar cada vez más y mejores opciones para aplicar el orden jurídico internacional general al interior de aquellos sistemas⁵⁵⁸. De ahí se justificaría que todo este conjunto estructurado de normas y órganos jurisdiccionales interrelacionados se denomine “sistema interamericano”. A su vez, este modelo interamericano se ajustaría a los sistemas nacionales que le dan rango constitucional y supra legal a las normas

⁵⁵⁶ Ferrer Mac-Gregor califica a la CADH como la *lex superior*, que contiene un *bill of rights* trasnacional. (Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión trasnacional del derecho procesal constitucional)”, en D. VALADÉS y otro (Coords.), *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, cit., p. 223).

⁵⁵⁷ R. URUEÑA, “¿Protección multinivel de los derechos humanos en América Latina? Oportunidades, desafíos y riesgos”, en G. BANDEIRA GALINDO y otros (Coords.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, cit., p. 34.

⁵⁵⁸ Cfr. Ídem.

internacionales sobre derechos humanos, que son la mayoría de las constituciones de la región.

Sin embargo, esta perspectiva de constitucionalismo global interamericano, vista en algunos casos como el modelo que actualmente operaría dentro de nuestro sistema de protección⁵⁵⁹, carece, desde nuestro juicio, de los elementos necesarios para llevar a la práctica el diálogo judicial entre tribunales. A favor de nuestra opinión podemos ofrecer las siguientes razones: (1) Coloca una vez más a la “Carta Interamericana de Derechos” como superior a cualquier otro ordenamiento jurídico nacional, luego esto se opone al respeto de las variadas lecturas de los Estados sobre los derechos como parte de la pluralidad constitucional, además que no es compatible con la naturaleza y propósito del tratado; (2) un constitucionalismo global, incluso siendo “global”, no garantiza la infalibilidad de sus tribunales⁵⁶⁰; (3) no le es materialmente posible a la Corte IDH colocarse como una última instancia permanente para revisar las decisiones de las cortes nacionales sobre derechos humanos dada su estructura y su forma de funcionamiento, además de que impide reconocer al otro operador jurídico como igual; e (4) incluso si concentráramos la atención en el que sería el documento básico, es decir la CADH y en la última instancia de revisión que sería la Corte IDH y, fallase la primera línea de protección⁵⁶¹ que son los tribunales nacionales, el constitucionalismo interamericano que no hace factible el diálogo con éstos, tampoco contribuiría a soluciones tangibles y, por lo tanto, también este modelo falla⁵⁶².

⁵⁵⁹ Por ejemplo, para Urueña la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los casos de amnistías es evidencia de este Constitucionalismo Interamericano. Dice expresamente: “Como es sabido, con ocasión de algunas medidas de justicia transicional adoptadas en Perú, la Corte encontró que ciertas normas de derecho nacional peruano debían ser consideradas “sin efectos jurídicos”. Esta decisión, sin precedentes en el derecho internacional contemporáneo, es característica de la visión del Constitucionalismo Interamericano: desde esta perspectiva, el Sistema Interamericano es un régimen que tiene a la Corte como órgano de cierre, cuyas decisiones son *ipso iure* parte del derecho nacional de los Estados parte [...]”. (R. URUEÑA, “¿Protección multinivel...”, cit., p. 34).

⁵⁶⁰ Luego, como no es posible garantizar que el tribunal interamericano no falle inadecuadamente en caso alguno, lo que ocurre es que se abre la posibilidad de que aquel sea en algún momento una fuente de violación de los derechos fundamentales, precisamente en los casos en los que yerre en su interpretación o en sus fallos

⁵⁶¹ Cfr. R. URUEÑA, “¿Protección multinivel...”, cit., p. 35.

⁵⁶² Como señala el profesor Cascajo Castro “parece más práctico y realista aspirar a un orden político mínimo que a un orden político perfecto, impuesto y tutelado por una potencia hegemónica dominante”. (J. CASCAJO CASTRO, “Constitución y derecho constitucional: apuntes con motivo de un aniversario”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. Extra, 2004, p. 30. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=835151>. Consultado el 01/09/2014). Además, el criterio de Pérez Tremps reafirma lo que veíamos desde el inicio, en el sentido que “[...] no es bueno que la protección

En consecuencia, descartamos que la aplicación del prototipo de “constitucionalismo interamericano” permita sentar las bases del diálogo judicial convencional. Tenemos por otro lado, la posibilidad de recurrir a otro modelo, que es conocido con el nombre de “pluralidad jurídica interamericana”. Éste que reconoce que el sistema interamericano está conformado por todos aquellos sistemas nacionales que son parte de la Convención Americana, por lo que los órganos establecidos por ésta, como son la CIDH y la Corte IDH, no son superiores a los tribunales jurisdiccionales establecidos por los sistemas nacionales. Por consiguiente, ambas esferas de protección deben interactuar en términos de igualdad⁵⁶³.

De este modo, dentro de este segundo modelo, encontramos una variedad de órdenes legales aplicables al mismo problema y entre los cuales no existe una relación de grado⁵⁶⁴ pero sí de preferencia condicionada, de la norma o criterio jurisprudencial que brinde las mejores garantías en relación directa con lo que es favorable de la persona, cuya determinación se verá siempre en el caso concreto⁵⁶⁵. Cabe aclarar que este escenario de pluralidad jurídica no significa que haya un simple miramiento o condescendencia con las distintas aproximaciones estatales a los derechos humanos, por el contrario, la interacción deberá girar en torno a criterios objetivos de valoración que legitimen el resultado de las deliberaciones que luego se aplique.

De esta manera, con una aproximación general al diálogo que entre la Corte IDH y el TC peruano debe instaurarse, vemos que la pluralidad jurídica interamericana es el contexto en el que se hace más viable las posibilidades de deliberación. Finalmente, es necesario mencionar que este debate argumentativo fortifica la identidad y vigencia de todo el sistema en razón a que se admite que cada intérprete jurídico ya sea nacional o interamericano, tiene

internacional actúe como sustitutivo de la interna; su función es completar ésta y fomentar su mayor eficacia”. (P. PÉREZ TREMPES, “Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, N° 10, 1992, p. 81. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=119294>. Consultado el 04/09/2014).

⁵⁶³ Cfr. R. URUEÑA, “¿Protección multinivel...”, cit., p. 37

⁵⁶⁴ Cfr. Ídem

⁵⁶⁵ Agrega Urueña que “[...] el diálogo permitiría que las diferentes cortes involucradas en el diálogo adoptaran mejores decisiones, aportaran para la creación de una identidad de verdadera comunidad interamericana, más allá de las fronteras nacionales”. (R. URUEÑA, “¿Protección multinivel...”, cit., p. 38).

un límite de visión en el “punto ciego”, que es aquello que no puede ver en función de su posición o perspectiva de observación⁵⁶⁶.

Luego, como la perspectiva de observación del intérprete nacional es distinta a la posición en la que se ubica el intérprete convencional, es posible aplicar esta figura: “yo veo lo que tú no ves”⁵⁶⁷, es decir, el “punto ciego” del operador jurídico convencional puede ser visto por el operador jurídico nacional y viceversa. En este sentido, la pluralidad jurídica interamericana que reconoce la diversidad, reconoce también los límites de observación de cada orden tuitivo y admite la alternativa: el punto ciego puede ser visto por el otro⁵⁶⁸.

C. EL PRINCIPIO *PRO HOMINE* COMO VERDADERO “PARÁMETRO DE CONTROL” EN EL EXAMEN DE CONVENCIONALIDAD

Vimos ya que el control de convencionalidad es una figura creada jurisprudencialmente por la Corte IDH. Desde el momento de su creación este examen ha sido asociado a la técnica hermenéutica de interpretación conforme, llegando a considerarse una manifestación casi completa de esta técnica, que se asume como “conforme” a la CADH y a cargo de los Estados como un deber de ineludible cumplimiento.

Lo cierto es que la manera como el Estado peruano –y especialmente los jueces del Poder Judicial y del TC– asimile los contenidos de las CIC, determinará la postura que asuma frente al mencionado control. Desde luego, esto no significa que el examen de convencionalidad se encuentre prescrito en las cláusulas de conformidad, como han interpretado algunos⁵⁶⁹, pero no descarta tampoco alguna relación. Propiamente, ambas

⁵⁶⁶ Cfr. H. VON FOERSTER, “On Constructing Reality”, en H. VON FOERSTER, *Observing Systems, Intersystems Publications*, Seaside, 1981, pp. 288-309. Citado por: M. NEVES, “Del diálogo entre las Cortes Supremas y la Corte Interamericana de derechos humanos al transconstitucionalismo en América Latina” en G. BANDEIRA GALINDO y otros (Coords.) *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, cit., p. 300.

⁵⁶⁷ N. LUHMANN, “Ich seh was, was Du nicht siehst”, en N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 5: Konstruktivistische Perspektiven*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1990, pp. 228-34. Citado por: M. NEVES, “Del diálogo entre las Cortes...”, cit., p. 301.

⁵⁶⁸ Cfr. M. NEVES, “Del diálogo entre las Cortes...”, cit., p. 301.

⁵⁶⁹ Por ejemplo, se puede revisar: N. TORRES ZÚÑIGA, *Control de Convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*, Tesis para optar el título de Abogado, PUCP, Lima 2012, p. 187; A. AMADO RIVADENEYRA, “El influjo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en las Américas y en la jurisprudencia constitucional del Perú”, *Revista Jurídica de Derecho Público. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, Tomo 6, 2011, p.45. Disponible

figuras parten de presupuestos distintos y lo que hace probable que se confundan es que ambas se refieren a la vinculatoriedad de los fallos de la Corte IDH para los Estados, situación que intentan explicar, y que del modo que lo hace la figura del control de convencionalidad se asocia a los llamados efectos *erga omnes*⁵⁷⁰ de sus sentencias⁵⁷¹.

Sentado lo anterior, el principal cuestionamiento que genera la aplicación del examen de convencionalidad y que lo aleja en algún sentido de la interpretación conforme, es que coloca al tratado y a las decisiones de la Corte IDH en un rango superior a todo el ordenamiento jurídico interno, con una referencia directa pero insostenible a las obligaciones contenidas en los artículos 1º y 2º de la CADH⁵⁷², dando por supuesto que aplicar siempre este tratado y la jurisprudencia del tribunal interamericano es la única o “mejor vía” para cumplirlas. Bajo este supuesto el resultado es que sólo pasarán el control y serán válidos aquellas normas y criterios jurisprudenciales que se adecuen a CADH y más concretamente a la forma como la interpreta y del contenido que la reviste la Corte IDH⁵⁷³. De este modo, lo que se propone con la manera como se plantea el control de convencionalidad es que los fallos del tribunal interamericano traspasen las fronteras del caso concreto para que el común

en: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-6/43_a_58_el_influjo.pdf. Consultado el 03/09/2014.

⁵⁷⁰ Recordemos que Nogueira Alcalá fundamenta la vinculatoriedad *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte IDH en el derecho a la certeza jurídica que deriva del derecho a la igualdad frente al juez, por lo que ante circunstancias equivalentes la persona tiene derecho a ser tratada igual por los tribunales nacionales e internacionales. Frente a este argumento, es pertinente sostener que precisamente porque no todas las circunstancias son equivalentes o idénticas es que no se puede construir con la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH criterios de validez de alcance general. Por consiguiente, el trato igualitario que debe recibir cada persona se verificará en el trato que corresponda de acuerdo a su particular circunstancia.

⁵⁷¹ La manera como el TC peruano asimile la interpretación de conformidad que incluye a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH, también es importante para el sistema de control de constitucionalidad que es ejercido tanto por el Poder Judicial como por el TC, luego la jurisprudencia constitucional cobra mayor trascendencia, porque se traduce en un mecanismo de articulación entre ambas jurisdicciones que procura la unidad interpretativa del ordenamiento. (Cfr. O. DÍAZ MUÑOZ, “La jurisprudencia constitucional”, en J. PALOMINO MANCHEGO (Coord.), *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*, Tomo I, Grijley, Lima, 2005, p. 268).

⁵⁷² Como sabemos las obligaciones contenidas en los artículos 1º y 2º de la CADH son de resultado, pese a esta característica inherente en nombre de ellas la Corte IDH ha ordenado en sus sentencias obligaciones de medios, es decir, ha dado instrucciones concretas a los Estados sobre cómo proceder. Así, dice el juez mexicano Fernando Silva García que “[...] el tribunal no se queda solamente con el “qué” (resultado) debe cumplir el Estado, sino que incorpora también muchos deberes relacionados con el “cómo” (a través de qué medidas) debe reparar las violaciones convencionales”. (F. SILVA GARCÍA, “Aportaciones del sistema de reparaciones de la Corte Interamericana al derecho internacional de los derechos humanos”, en G. BANDEIRA GALINDO y otros (Coords.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, cit., p. 245).

⁵⁷³ En algunos casos se asocia incluso el examen de convencionalidad al principio *pro homine*, pero este argumento parte de otra conjetura falaz que supone que la norma o criterio favorable se encontrará siempre en la CADH y en la interpretación de la Corte IDH.

de los Estados lo aplique de modo que no sean declarados responsables internacionalmente⁵⁷⁴. Sin embargo, bajo este supuesto, se desestabilizan las bases del propio sistema interamericano, porque se irrumpe en la esfera de competencias de los Estados y se traslada a la Corte IDH facultades que escapan de sus posibilidades formales, al tratar de conferirle un lugar prioritario pese a que la garantía que puede ofrecer es de carácter mínimo y subsidiario⁵⁷⁵.

Así también, un argumento recurrente es amparar el control de convencionalidad en principios tales como la buena fe y el *Pacta sunt servanda* así como en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁵⁷⁶. Frente a ello, enfatizamos que la misma situación puede ser analizada desde la perspectiva constitucional, es decir, todo tratado internacional, incluida la firma y ratificación de la Convención de Viena, es un acto de los poderes constituidos que nunca pueden ir en contra de lo dispuesto por el Poder Constituyente al momento de dictar la Constitución nacional. Ello significa que sólo si ésta última estableciera la primacía del derecho internacional sobre toda norma local, incluida ella misma –lo cual resultaría un contrasentido– podría el intérprete nacional dejar de lado lo dispuesto por el ordenamiento constitucional nacional y dar prevalencia a la norma

⁵⁷⁴ Al respecto, comenta Alfonso Santiago que “El saber permanecer dentro de sus límites naturales es uno de los desafíos más importantes que se le presenta a los tribunales internacionales de derechos humanos. Existe el riesgo de una cierta “sobreconvencionalidad” que se da cuando la interpretación expansiva que los tribunales y organismos internacionales realizan de las normas del DIDH, invade los ámbitos de competencias propios de la Constitución o de la ley ordinaria nacional”. (A. SANTIAGO, *El Derecho Internacional...*, cit., p. 37).

⁵⁷⁵ Cfr. X. FUENTES TORRIJO, “International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, Vol. 77, N° 2, 2008, pp. 488-492. De este modo, “Cuando el control de convencionalidad se ejerce por órganos estatales que no tienen potestades de invalidación de normas, el “control” no opera como un examen de “constitucionalidad” o de validez de normas sino que el parámetro normativo interamericano sirve de guía o directriz para adoptar y dictar normas. Por lo tanto el control de Convencionalidad no tiene un sustento normativo sólido en la Convención Americana”. (J. CASTAÑEDA MÉNDEZ, “Aproximación crítica desde un margen al control de convencionalidad: a propósito del control democrático vs control dictatorial. Una mirada a la labor del tribunal constitucional desde el constitucionalismo crítico peruano”, artículo publicado en Academia.edu el 07 de junio de 2013, p. 3). Asimismo, afirma Bandeira Galindo que imponer el cumplimiento de las decisiones de los tribunales internacionales puede generar situaciones flagrantes de injusticia o de gran inestabilidad social, además que acarrea la idea de que sí existe una soberanía, es única y pertenece al D.I. (Cfr. G. BANDEIRA GALINDO, “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en L. LÓPEZ GUERRA y A. SAIZ ARNAIZ (Dir.), *Los sistemas interamericano y europeo...*, cit., p. 248).

⁵⁷⁶ Dicho dispositivo establece que que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

internacional, pues estaría acatando así lo establecido en la propia Constitución⁵⁷⁷. Vemos así que la justificación del control de convencionalidad sólo desde el derecho internacional no es suficiente.

No obstante, si nos abocamos a la manera como tendría que aplicarse este control, será importante entonces definir, en primer lugar, su naturaleza. En ese sentido, si dicho examen forma parte y es manifestación del DIDH y éste como tal es subsidiario, entonces el control de convencionalidad también lo sería. Luego, los tribunales peruanos tendrían la facultad de realizar el control únicamente cuando al interior del Estado no se protejan los derechos fundamentales o su tutela sea insuficiente⁵⁷⁸. Es decir, sólo cuando el control de constitucionalidad falle, se debería acudir al control de convencionalidad. Sin embargo, esta aproximación nos parece inadecuada porque se tiende a confundir las distintas manifestaciones de la subsidiariedad del DIDH.

Recordemos, en primer lugar, que la CADH mantiene su carácter subsidiario en cuanto es complemento y no reemplazo del derecho interno, pero es inmediatamente aplicable al interior del ordenamiento. En segundo lugar, no olvidemos que la jurisdicción del tribunal de San José es subsidiaria en tanto que la protección de los derechos está reservada, primeramente, a los Estados. Sentado esto, debemos precisar qué se entendería por control de convencionalidad en uno y otro caso. Respecto a la CADH, como ésta es aplicable inmediata y conjuntamente con las disposiciones constitucionales, no cabe concluir que sólo se recurrirá a ella para suplir las falencias de aquellas. Entonces ¿en qué términos corresponde aplicar el examen de convencionalidad en base al tratado? Si por control de convencionalidad se entiende la aplicación en el sentido antes visto de la CADH, entonces dicho control no sería subsidiario sino obligatorio.

⁵⁷⁷ Cfr. A. SANTIAGO, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico”, *Revista Persona y Derecho*, Vol. 60, 2009, p. 121. Disponible en <http://dadun.unav.edu/handle/10171/17489>. Consultado el 05/09/2014.

⁵⁷⁸ Cfr. J. TORRES HERNÁNDEZ, “El control difuso de convencionalidad y su naturaleza subsidiaria o complementaria para optimizar el sistema jurídico mexicano”, en J. REYES y otro (Coords.), *5 años de Jornadas Académicas en Michoacán. Una visión jurídica de actualidad*, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, México, 2013, pp. 135-151. Disponible en: http://www.teemichoacan.org/teemichw/wp-content/uploads/2010/04/jornadas_michoacan_revision_14_nov_2013_215x14_PORTADA.pdf. Consultado el 05/09/2014.

Luego, en el caso de la Corte IDH, si por control de convencionalidad nos referimos a la aplicación de sus criterios jurisprudenciales cuando atañe al caso, entonces dicho control sí resulta subsidiario y complementario, porque la jurisdicción y naturaleza del tribunal lo es y así como no se tiene que llegar necesariamente ante él en todos los casos, de igual manera no se tiene que aplicar en todas las ocasiones su doctrina. Esto no se opone a que se presenten situaciones en las que el Estado peruano no siendo parte procesal ante la Corte si pueda o deba acudir a su interpretación, ello en todo caso, estará supeditado a la evaluación de qué interpretación es la más favorable para la protección del derecho en concreto.

Señalado lo anterior, podríamos asumir que lo que se denomina control internacional de convencionalidad a cargo de la Corte IDH es subsidiario, mientras que el control concentrado a cargo del TC y el difuso a cargo de los jueces nacionales es obligatorio por cuanto la aplicación del tratado es *ipso facto*, acompañada complementariamente de la interpretación de la Corte. Sin embargo, ¿realmente esto funcionaría como un control de convencionalidad? En forma puntual, la obligación de los tribunales nacionales de aplicar las disposiciones convencionales a fin de interpretar el contenido de los derechos fundamentales y lograr su protección integral, proviene esencialmente de la protección acuciante y eficaz que demandan estos derechos así como del hecho de que la Convención forma parte del bloque de constitucionalidad y, además es una obligación asumida por el Estado peruano, siendo que su ratificación es anterior a la creación del llamado control de convencionalidad por la Corte IDH⁵⁷⁹.

A decir verdad, aplicar la CADH forma parte del control de constitucionalidad y creemos que separarla de la aplicación del resto de disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales para que discorra por una vía de control paralela denominada “prueba de convencionalidad”, sin antes definir claramente sus contornos, promueve

⁵⁷⁹Valga decir que si lo que se pretende con la figura del control de convencionalidad es reforzar la aplicación de la Convención Americana por los Estados, un elemento contributivo importante es, como afirma Sagüés, el contenido intrínseco de sus sentencias. Por lo que, “Si las interpretaciones que la Corte IDH haga resultan acertadas y cuentan con una convincente dosis de legitimidad, el peso axiológico de tales exégesis provocará aceptación y consenso. En cambio, si dichas interpretaciones suscitan disconformidad y cuestionamientos, ya por sus defectos jurídicos, ya por una eventual manipulación ideológica del derecho de los derechos humanos, ya por ignorar las posibilidades y límites de la realidad, los parámetros que así establezca la Corte Interamericana debilitarán el control de convencionalidad que ella procura exigir”. (N. SAGÜÉS, “Obligaciones internacionales...”, cit., pp. 131-132).

interpretaciones aisladas y hasta contrarias que ocasiona que las disposiciones nacionales tengan que ser sometidas innecesariamente a un doble control, situación que confronta a las dos fuentes de derechos humanos y llega al extremo de considerar que alguna tiene que “primar”. Lo curioso de este examen que suma una crítica más a su concepción es que sus términos se confunden precisamente con el control de constitucionalidad, lo cual genera inconvenientes al momento de aproximarnos a las características del examen convencional.

Esto porque el hecho de mencionar al control de constitucionalidad es aludir a la aplicación de un criterio de jerarquía no sólo formal sino sobre todo material de la Constitución respecto del resto de disposiciones. Mientras que a la CADH no podemos atribuirle tal control sobre los ordenamientos jurídicos, porque no posee una superposición formal ni material que la convierta en criterio de validez de las disposiciones internas. En ese sentido, hemos explicado a lo largo del trabajo los riesgos de imponer a los jueces nacionales la aplicación de la Convención y de los fallos coadyuvantes de la Corte IDH al modo de “control” supraconstitucional; por lo cual, consideramos que si bien es valioso el papel que tiene este tratado y la jurisprudencia de la Corte que le sigue, es más provechoso aún que el control de convencionalidad no sea sacado del contexto constitucional que lo cobija y en el que corresponde aplicarse, puesto que recurrir a aquel examen en forma autónoma y desvinculada del orden interno puede tornar su aplicación infructuosa y cuestionable.

A pesar de ello, la Corte IDH más allá de reafirmar la “urgencia” de reforzar la aplicación de la CADH por medio del control de convencionalidad, pone énfasis sobre todo en que la inclusión de sus criterios provenientes del ejercicio de su competencia contenciosa y consultiva, en las decisiones de los jueces estatales, será la señal de cumplimiento del control⁵⁸⁰. Luego, el examen de convencionalidad que se promueve no es principalmente respecto a la Convención Americana que le da el nombre, sino básicamente en relación a la doctrina jurisprudencial del tribunal de San José. Pero ¿cómo aplicar un control que afecte al ordenamiento interno sobre la base exclusiva de los juicios de este tribunal, al cual le corresponde –en cuanto a su competencia contenciosa– interpretar y aplicar la Convención y sólo subsidiariamente el derecho interno con una valoración a su vez complementaria? No

⁵⁸⁰ Ver Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, § 31.

olvidemos que la jurisprudencia como fuente accesoria del tratado funciona siempre en razón a éste y no independientemente, luego el control de convencionalidad se aplica primordialmente en relación a la CADH.

En consecuencia, parece necesario que desde el DIDH se redefina la figura del control de convencionalidad especificando sus contornos y efectos en base a la Convención; así como desde el derecho interno, también resulta esencial que los jueces contextualicen la aplicación de este control, y resuelvan adecuadamente sus alcances al momento de recurrir a la CADH y a los fallos del tribunal interamericano. Para ello, lo primero es reconocer que la jurisprudencia interamericana no es el parámetro de control en el examen de convencionalidad, sino más bien lo es la búsqueda de la opción normativa e interpretativa que sea más favorable a la persona y permita brindarle las mejores condiciones de protección de sus derechos, en base a lo cual se determinará que disposición e interpretación está materialmente ajustada a la Convención y corresponde aplicarse, más allá de que no se encuentre en el texto del Pacto pero corresponda al espíritu del mismo. De este modo, el desconocimiento de aquel parámetro en la aplicación del control convencional, traerá como principales efectos y consecuencias jurídicas dentro de nuestro ordenamiento: (i) la instauración de un nuevo “estado de derecho” impropiaamente convencional y más bien integrado por aquello que se determine en la jurisprudencia interamericana; y (ii) la aplicación a la larga ineficaz e incongruente de una herramienta jurídica que vista más bien de acuerdo al parámetro expuesto, nos permitirá hablar de un orden jurídico convencional materializado en consonancia con las exigencias de justicia⁵⁸¹.

Es conveniente ahora referirnos al reconocimiento del control de convencionalidad por el TC peruano. Tenemos dentro de sus pronunciamientos recientes el polémico caso de la deuda tributaria de Panamericana Televisión S.A.⁵⁸², en cuyo fallo el máximo intérprete aplicando el examen de confrontación asimila los hechos del caso a lo ocurrido en el asunto Ivcher Bronstein vs. Perú que fuera conocido y resuelto por la Corte IDH y en ese sentido,

⁵⁸¹ Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, “¿Estado convencional de Derecho? Un breve estudio sobre el control de convencionalidad, en S. MOSQUERA MONELOS (Coord.), *La Constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú*, Cuartas Jornadas sobre Derechos Humanos, Palestra, Lima, 2015, pp. 50-51.

⁵⁸² Ver STC Exp. N° 04617-2012-PA/TC.

aplica el mismo criterio que esta última utilizó⁵⁸³. Sobre la noción del TC sobre el control convencional, señala:

“Se puede distinguir un control de convencionalidad *vertical* que surge a partir de un ordenamiento supranacional, de una jurisdicción supranacional y de una interpretación supraconstitucional. Es un control concentrado ejercido por la Corte IDH, cuyos fallos generan una doctrina jurisprudencial con efectos *erga omnes*, es decir, que vinculan a todos los tribunales domésticos de la región, quienes tienen un "margen de apreciación nacional" que les permite aplicar la doctrina convencional de la Corte IDH, según estimen conveniente. Asimismo existe un control de convencionalidad *horizontal*, ejercido por las judicaturas domésticas de cada país (control difuso), cuyos efectos son sólo para el país en el cual sus jueces han aplicado los instrumentos internacionales (Tratados, *ius cogens* o jurisprudencia de la Corte IDH) antes que su normativa interna”⁵⁸⁴.

Con esta declaración vemos que para el TC peruano, la doctrina jurisprudencial que brota del control concentrado a cargo de la Corte IDH, resulta vinculante para todos los tribunales internos, mas no en todos los casos que conozcan. Dicha distinción reviste particular importancia, puesto que el TC define expresamente la vinculatoriedad *erga omnes* de esta doctrina y reconoce que en cada caso particular los jueces tienen el espacio de discernimiento para valorar su aplicación. Creemos que esta afirmación arroja luces definitivas sobre el modo en el que el TC entiende el término “obligatoria observancia” en el caso Castillo Chirinos, por el que los jueces se encuentran vinculados a la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH.

⁵⁸³ La sentencia del TC en este caso ha sido duramente cuestionada. Dentro de los argumentos que se exponen, Abad Yupanqui destaca que no se debió utilizar el mismo criterio que la Corte IDH empleó en el caso Baruch Ivcher, porque se trata de situaciones en contextos distintos. Luego, considerar que las normas de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH constituyen un parámetro que debe guiar la actuación del TC en este caso, no es exacto. Lo sucedido con Panamericana es distinto al caso Ivcher, porque este último acudió, como persona natural, a la Corte para garantizar sus derechos a la libertad de expresión, nacionalidad, propiedad y garantías judiciales vulneradas durante el gobierno de Fujimori. En el caso de la deuda tributaria, ello no sucedió pues lo único que se discute es la pretensión de no pagar la deuda tributaria de una persona jurídica. Así, para el mismo autor, el TC utilizó un argumento académico que no se ajusta a esta controversia. (Cfr. A. ABAD YUPANQUI, “El “olvido” de una deuda tributaria: La increíble historia de Panamericana TV”, *Enfoque Derecho. PUCP*, Lima 2014. Disponible en: <http://enfoquederecho.com/el-olvido-de-una-deuda-tributaria-la-increible-historia-de-panamericana-tv/>. Consultado el 07/09/2014). Con estos argumentos también coincide el magistrado Urviola Hani en su voto singular del fallo que resuelve el caso, en el que señala: “[...] hay diferencias sustanciales entre lo planteado en el presente caso y lo resuelto por la Corte Interamericana, tanto en lo que respecta a los sujetos involucrados como víctimas de un supuesto acto lesivo de derechos fundamentales como a la naturaleza misma de los hechos identificados como actos lesivos de los derechos invocados”. (Ver fundamento jurídico 11 del voto singular de la sentencia del TC).

⁵⁸⁴ STC Exp. N° 04617-2012-PA/TC, fundamento jurídico 14.

Un detalle adicional que se debe tomar en cuenta es que el TC se refiere, por un lado, a la intervención de la Corte IDH como el ejercicio de un control “vertical” de convencionalidad y, por otro lado, al que se ejerce internamente como control “horizontal”. Al respecto, no queda clara la intención del TC al utilizar estos vocablos y al mencionar que en el caso del primer control se parte de un ordenamiento, jurisdicción e interpretación “supranacional”. El uso del prefijo “supra” parece más bien restar consistencia al argumento que desliza después el TC y con el que busca explicar el control de convencionalidad. No obstante, apreciamos que lo que el TC básicamente hace en este caso, más allá de los términos, es comprender el control de convencionalidad como la necesaria observancia y la eventual aplicación de los criterios de la Corte IDH según el juez nacional lo estime conveniente para resolver el caso en justicia de la mejor manera.

En otro asunto, el máximo intérprete, sin mencionar el control de convencionalidad, se refiere nuevamente la vinculatoriedad de los fallos de la Corte IDH y recurre a ésta en el sentido que toma en cuenta el criterio de la Corte pero no lo aplica. Es el caso anónimo de P.E.M.M. quien solicitó el cambio de su sexo (de masculino a femenino) en su DNI y partida de nacimiento⁵⁸⁵. Lo interesante del fallo es el voto singular de los jueces Eto Cruz y Mesía Ramírez para quienes la decisión del TC, que declara infundada la demanda, es “inconvenional” porque contradice lo establecido por la Corte IDH en relación al reconocimiento del derecho a la “identidad de género” –conformada por elementos distintos al biológico (psicológicos, sociales y culturales) – y sentenciar en el caso de P.E.M.M. que el Derecho solo puede admitir el sexo biológico como elemento configurador de la identidad sexual de una persona.

Es interesante este voto, porque si bien no refleja la postura del TC, delinea de alguna manera la percepción “en formación” que en general se tiene sobre el examen de convencionalidad y la vinculatoriedad de la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH⁵⁸⁶. Entretanto, mientras que para algunos, el cumplimiento del control comporta una estricta aplicación de los criterios jurisprudenciales de aquel tribunal, para otros dentro de los que se

⁵⁸⁵ STC Exp. N° 139-2013-PA/TC.

⁵⁸⁶ Cfr. R. GIL RENDÓN, “El control de convencionalidad”, *Revista de Derechos Humanos. Universidad de Piura*, Vol. 5, 2014, p. 175.

encuentra el propio TC peruano, aquello implica también la posibilidad de un apartamiento de los mencionados criterios. Luego, esta reciente y creciente reflexión en torno a este control puede ser un indicador de que el debate está abierto y que se necesita de un prudente diálogo judicial que ayude a encajar las distintas piezas que se requieren para un adecuado y fructífero control de convencionalidad.

Tenemos, por último, el reciente fallo que se dio en la provincia de San Martín⁵⁸⁷, en el que el juez de primera instancia en un caso similar de cambio de sexo en el DNI y en la partida de nacimiento, decidió apartarse de la doctrina vinculante establecida en el fallo P.E.M.M. y declarar fundado el pedido del recurrente, en base al criterio de la Corte IDH sobre el reconocimiento del derecho a la "identidad de género". En esa línea, el juez de San Martín sustentó su apartamiento en que la sentencia del caso P.E.M.M. contraviene las interpretaciones contenidas en los fallos de un tribunal internacional de derechos humanos al cual el Estado peruano se encuentra vinculado, todo ello en virtud de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPC⁵⁸⁸, es decir, en base a las cláusulas IC mas no entró en el análisis de sus contenidos y efectos jurídicos.

Por lo expuesto, nos parece notorio que la noción de “control de convencionalidad”, y la percepción que tienen los jueces nacionales sobre la manera en que son vinculantes los fallos de la Corte IDH, es amplia y discutible. Urge en ese sentido que se definan los términos en los que se aplica el control de convencionalidad como parte del sistema jurídico peruano, destacando sobre todo el propósito de su aplicación dentro del modelo regional de protección que se pensó para el sistema interamericano.

⁵⁸⁷ Juzgado especializado en lo civil de la provincia de San Martín, Exp. N° 303-2012-O-2208-JR-CI-0, Sentencia N° 150-2014.

⁵⁸⁸ Cfr. *Ibidem*, fundamento jurídico 2.2.

D. EL PRINCIPIO *PRO HOMINE* COMO CLAVE HERMENÉUTICA DE LA «INTERPRETACIÓN DE CONFORMIDAD»

1. Tratamiento doctrinal y la justificación de su aplicación

Hasta el momento ha quedado establecido que de la valoración de la interpretación conforme que prescriben las CIC, se evidencia un mandato de compatibilización de los contenidos de los derechos fundamentales y de las normas iusfundamentales, incluidos en la Constitución y jurisprudencia nacional, con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH. Luego, la finalidad de este mandato y del derecho de los derechos humanos en su fuente nacional e internacional, es lograr la protección efectiva y concreta de los derechos, esto es, los derechos de cada persona, cada derecho y de acuerdo a cada caso en particular.

En ese sentido, para llevar a cabo la relación de coordinación que se requiere para cumplir el mandato, necesitamos identificar la herramienta apropiada. Para ello, debemos determinar la clase de herramienta que se necesita, luego establecer que sea la adecuada o idónea, es decir, que tenga relación con lo que se busca o se va realizar y que sea efectiva, que permita lograr el fin del acto.

De esta manera, de la primera condición que consiste en definir la clase de herramienta, vemos que si se trata de compatibilizar o armonizar normas iusfundamentales, el recurso más apropiado para hacerlo serán criterios o principios hermenéuticos que permitan interpretarlas armónicamente. Asimismo, siguiendo la segunda condición, tendremos que recurrir al principio hermenéutico cuyo contenido guarde relación directa con la acción de armonización que se va a realizar. Y por último, tendremos que aplicar el principio hermenéutico cuyo contenido además de guardar relación con la armonización, permita que efectivamente se logre la protección específica y concreta del derecho que se trate en el caso.

A partir de lo expuesto, consideramos que la herramienta que reúne todos los anteriores elementos o condiciones es el principio *Pro homine*. Ello en base a los siguientes postulados, que iremos demostrando progresivamente: (a) El *Pro homine* es un principio hermenéutico reconocido tanto por la Corte IDH como por los tribunales nacionales, ambos involucrados en la tarea de armonización y, también deducido del artículo 29° de la CADH y de la

interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales; (b) el contenido de este principio, como veremos más adelante, aborda lo siguiente: b.1) Actuar siempre a favor de la persona, b.2) Aplicar la protección más amplia cuando se reconoce derechos y b.3) Aplicar la medida (disposición o interpretación) más restringida cuando se establezcan restricciones a los derechos. En general, la primera premisa engloba a las demás, es decir, lo que se busca esencialmente es actuar siempre en favor del titular y del ejercicio de sus derechos. Ahora bien, este contenido guarda una relación directa con la tarea de armonización de las normas y también de los contenidos de los derechos, de tal manera que relacionado con el tercer punto (c) aplicar el *Pro homine* y proceder a favor de la persona en la disposición o interpretación que corresponda aplicar, permitirá que los derechos sean efectiva y concretamente protegidos.

Sentados estos postulados que de modo preliminar justifican el reconocimiento del *Pro homine* como la clave hermenéutica de la interpretación de conformidad, pasaremos a desarrollar el contenido de este principio para comprender con mayor hondura el significado de actuar a favor de la persona.

Dentro de las diversas definiciones sobre el principio *Pro homine*, destacamos, por ser una de las más recurridas, la formulada por la profesora argentina Mónica Pinto, según la cual dicho principio:

“[E]s un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”⁵⁸⁹.

⁵⁸⁹ M. PINTO, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en M. ABREGÚ y C. COURTIS (Comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, Buenos Aires, 1997, p. 163 (cursivas de la autora). Ahora bien, como una primera aproximación al principio *pro homine* desde la esfera internacional, tenemos el criterio de Piza Escalante, para quien este principio es “[Un] criterio fundamental [que] [...] impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. [De esta forma, el principio pro persona] [...] conduce a la conclusión de que [la] exigibilidad inmediata e incondicional [de los derechos humanos] es la regla y su condicionamiento la excepción”. (Opinión Separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante, en Corte IDH, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2

Esta definición nos brinda una serie de elementos en los cuales es importante hurgar para esclarecer lo sustancial de su contenido. En esa línea, es usual en la doctrina y también en la jurisprudencia identificar dos casos en los que se aplica este principio. En el primer caso, cuando se trata de reconocer derechos se identifica al *Pro homine* como la aplicación de la disposición e interpretación “más amplia posible” y, en el segundo caso, cuando se trata de determinar restricciones a los derechos, se le reconoce como la aplicación de la disposición e interpretación “más restringida posible”.

En el primer caso, no obstante, se debe tener cuidado para no caer en el error de que al escoger la interpretación más amplia posible, se termine concibiendo a los derechos como libertades ilimitadas con contenidos siempre en máxima expansión. Esto porque entender a la protección “más amplia posible” como la que menos límites tendría, implicaría aceptar implícitamente la tesis del conflicto de derechos⁵⁹⁰ y aceptar esta tesis sería renunciar a una aplicación tangible del *Pro homine*, porque si los derechos fuesen libertades ilimitadas, unas necesariamente colisionarían con otras y no sería posible armonizarlas sino más bien se terminaría escogiendo a alguna de ellas y sacrificando o limitando arbitrariamente (porque intrínsecamente los derechos no tendrían límites) a la restante. Luego, actuar a favor de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva oc-7/86 del 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7, párr. 36).

⁵⁹⁰ Según Serna y Toller uno de los problemas de la concepción conflictivista de los derechos fundamentales, viene a ser el fruto tardío de la concepción liberal de los derechos naturales, la cual los concebía como realidades a-teleológicas e ilimitadas en sí mismos, y que sólo en cuanto su portador se inserta en una determinada comunidad, surge -por necesidad de convivencia-la exigencia de limitarlos: "existe el derecho, pero por algo externo -otros derechos fundamentales, el orden público, la moral pública, el bien común- se lo constriñe, se reduce su alcance". (Cfr. P. SERNA y F. TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de los derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 20). Por su parte, para Cianciardo esta concepción reconoce la existencia de un derecho general de libertad. En ese sentido, para esta postura sería posible que más allá de los derechos fundamentales reconocidos en la CADH, existiera un amplio e indefinido campo de libertad, que se constituiría en sí mismo un derecho de importante trascendencia en el campo de las restantes libertades. (Cfr. J. CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos: Análisis y crítica del conflictivismo*, Ad Hoc, Buenos Aires 2007, p. 92). Como señala Toller se trata de una tradición de voluntarismo individualista, para la cual “[...] son derechos todas las manifestaciones de la libre autodeterminación de la voluntad que no lesionen expresamente el marco contractual de convivencia establecido para posibilitar la propia libertad”. (F. M. TOLLER, “Una metodología alternativa de interpretación constitucional y toma de decisiones que reconcilie los derechos” en E. FERRER MAC-GREGOR (Coord.) *Interpretación Constitucional*, Tomo II, Porrúa, México 2005, p.1248). Así, “[...] para el pensamiento liberal los derechos son espacios de libertad más o menos amplios excluyendo toda auténtica coexistencia y desintegrando el intento de ajustamiento que es el núcleo de toda realidad jurídica”. (C. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, Tomo I, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2005, pp. 60-62. Citado por: F. M. TOLLER, “Una metodología alternativa...”, cit., p.1248).

persona sería en realidad actuar a favor únicamente de determinados derechos y de determinado titular.

Por otro lado, en el segundo caso, esto es, escoger la interpretación más restringida cuando se establezcan restricciones a los derechos; si los derechos fuesen libertades indeterminadas, la aplicación del *Pro homine* operaría en el sentido que cualquier restricción debiera afectarlos lo menos posible y cualquier límite sería siempre impuesto por el juez quien podría decidir arbitrariamente qué es lo favorable (no habría delimitaciones ni interpretaciones restringidas objetivamente favorables porque los derechos no tendrían en sí límites)⁵⁹¹. Nuevamente, si en esto consistiese la aplicación del *Pro homine*, aplicarlo sería más bien actuar a favor de los derechos considerados “colectivamente”, que es lo mismo que actuar a favor de ninguno. Por el contrario, este principio –también llamado “pro persona”– parece referirse más bien a cada titular en concreto.

Sentado lo anterior, consideramos que aplicar este principio y preferir la norma o la interpretación más amplia, significa no sólo no restringir ni lesionar el contenido propio del derecho, sino también no tensar ni salir de los contornos jurídicamente protegidos del mismo⁵⁹². Es decir, el *Pro homine* no es un principio de maximización ilimitada, todo lo contrario, es el criterio hermenéutico de máximo disfrute del derecho de acuerdo al ajustamiento interno y formalmente protegido de su contenido. Por consiguiente, parece colegirse que actuar siempre a favor del hombre será proceder en ese sentido. Sobre la precisión de lo que entendemos por el contenido propio de cada derecho y su ajustamiento interno, volveremos más adelante.

Por lo pronto, como vimos, cabe señalar que este principio tiene dos manifestaciones: (1) como preferencia normativa, dentro de la cual encontramos: a) la preferencia de la norma

⁵⁹¹ De colocarse límites externos se sigue que el contenido del derecho fundamental se va a formular en definitiva en función de una actuación también externa, principalmente la del legislador: “[1]os derechos pasan así a depender de las normas que los regulan o limitan, y su contenido acaba coincidiendo con el de aquéllas: de ser libertades previas al legislador y al propio constituyente, pasan, a causa del carácter ilimitado que se pretende tienen, a estar en radical dependencia de las decisiones positivas que consignan y determinan su contenido externo”. (P. SERNA y F. TOLLER, *La interpretación constitucional...*, cit., p. 22).

⁵⁹² Cfr. T. DE DOMINGO y A. MARTÍNEZ-PUJALTE, “La interpretación de la garantía del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales”, en *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Palestra, Lima, 2010, p. 78.

más protectora; y b) la conservación de la norma más favorable; o (2) como preferencia interpretativa⁵⁹³, que tiene a su vez dos expresiones: a) la interpretación no lesiva; y b) la interpretación restringida⁵⁹⁴. De esta manera, la aplicación del *Pro homine* supone siempre una elección de la norma o interpretación que sea cada vez más protectora. Así, lo que se procura es ampliar los criterios de interpretación de los derechos establecidos por los distintos tribunales, hacia formas que permitan una vigencia más efectiva de éstos sin que ello signifique expandir sus contenidos, por lo que siempre se procederá atendiendo a la unidad esencial que caracteriza a todos los derechos humanos⁵⁹⁵ y a la unidad que guía a la diversidad de lecturas del derecho de la que hablábamos en el contexto del diálogo.

Por otro lado, es importante destacar que el principio *Pro homine* nació en el seno del DIDH⁵⁹⁶; no obstante, que su origen se deba al ámbito internacional de protección no significa que los sistemas jurídicos nacionales no hayan desarrollado criterios constitucionales que fomentan la aplicación de la norma e interpretación más favorable⁵⁹⁷. En ese sentido, algunos autores han propuesto una relación de género-especie, en la que el *Pro homine* sería el principio general o marco, mientras que los otros mandatos de favorabilidad serían una especie de subprincipios⁵⁹⁸. Al respecto consideramos que el principio *Pro homine* en su condición de mandato general de interpretación favorable que

⁵⁹³ Cfr. N. SAGÜÉS, “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en J. PALOMINO MANCHEGO y otro (Coords.), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro Homenaje a Germán Bidart Campos)*, Grijley, Lima, 2002, p. 38.

⁵⁹⁴ Cfr. K. CASTILLA JUÁREZ, “Principio Pro Persona en la administración de justicia”, cit., p. 71.

⁵⁹⁵ Cfr. J. PRADO HERRERA, “La interpretación de los derechos y libertades constitucionales conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia (RAE)*, 2008, p. 201. Disponible en: <http://www.raejurisprudencia.com.pe/data-jurisprudencial.php>. Consultado el 09/09/2014. También ver: X. MEDELLÍN URQUIAGA, *Reforma D.H. Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos (principio Pro persona)*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México D.F., 2013, p. 20.

⁵⁹⁶ Precisa Medellín Urquiaga que “La propia naturaleza del derecho internacional hacía indispensable que se incorporara en los tratados internacionales una salvaguarda específica que permitiera, por un lado, avanzar en el desarrollo progresivo de las normas de protección de la persona y, por otro lado, armonizar los distintos instrumentos e interpretaciones producidas por diversos órganos; esto sin perder de vista el fin de los instrumentos internacionales de derechos humanos: la protección efectiva de la persona”. (X. MEDELLÍN URQUIAGA, *Reforma D.H. Metodología...*, cit., p. 16).

⁵⁹⁷ Entre este tipo de criterios destacan, por ejemplo, los principios *in dubio pro reo*, *in dubio pro operario* o de favorabilidad laboral, *favor debilis*, *favor libertatis* y *pro actionae* o la aplicación retroactiva de la ley penal cuando sea favorable. Nuevamente, para Ximena Medellín, estos criterios de interpretación favorable proponen ejercicios normativos concretos que se relacionan con supuestos particulares; sin embargo, el principio *pro homine* es un principio que deberá iluminar todo el ordenamiento jurídico. (Cfr. X. MEDELLÍN URQUIAGA, *Reforma D.H. Metodología...*, cit., p. 16).

⁵⁹⁸ Cfr. Ibidem, p. 41.

convive con otros mandatos específicos, no se limita a la manera de interpretar un derecho determinado sino que informa todo el sistema jurídico e institucional⁵⁹⁹. Cronológicamente la jurisprudencia internacional relevante sobre dicho principio no es anterior al reconocimiento, explícito o doctrinario de otros mandatos de favorabilidad a los que ya nos hemos referido. Por ese motivo, no parece correcto afirmar, por ejemplo, que la máxima *in dubio pro reo* sea un subprincipio de un criterio hermenéutico que se desarrolló muy probablemente de forma paralela e independiente del primero⁶⁰⁰.

Desde otro enfoque, es posible que se cuestione que recurramos precisamente a este principio reconocido jurisprudencialmente por la Corte IDH y no explícitamente por el texto de la Convención, como clave hermenéutica de las CIC y en orden a explicar la vinculatoriedad de los fallos de este tribunal al interior de una relación de coordinación⁶⁰¹. Podría objetarse que proponemos una vinculación selectiva sólo a aquellos criterios -en este caso del principio *Pro homine*- que puedan resultar favorables a los intereses estatales; o también considerarse que se cae en un despropósito al decir que los fallos de la Corte IDH vinculan al Estado peruano en razón al *Pro homine*, pero al mismo tiempo no lo vinculan, si “vincular” significa una obligación de inexcusable aplicación.

Ante estos posibles cuestionamientos, sostenemos que cuando nos referimos al principio *Pro homine*, lo hacemos en relación al criterio axiológico objetivo subyacente a su reconocimiento explícito y que está relacionado con el ajustamiento interno del contenido de los derechos. Pues si bien la aplicabilidad de este principio fue reconocida expresamente por la Corte IDH, el contenido que resguarda informa necesariamente la interpretación de cualquier norma iusfundamental. Además, si bien el *Pro homine* ha sido reconocido y subsecuentemente aplicado por la Corte IDH, dicho uso no parte de una creación jurisprudencial *ex novo* del principio, dado que encuentra su referente en lo establecido en el artículo 29º de la CADH. Ahora bien, la obligatoriedad de acudir al *Pro homine* no proviene exclusivamente de la disposición convencional como tal, sino de que se encuentra asociado

⁵⁹⁹ Cfr. Ibidem, p. 42.

⁶⁰⁰ Cfr. Ibidem, p. 41.

⁶⁰¹ Este mismo principio ha sido usado por la Corte IDH en su jurisprudencia para ampliar su propia competencia consultiva. (Ver Corte IDH. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, § 42).

al contenido obligatorio e indisponible de los derechos fundamentales enunciados tanto en las disposiciones convencionales como en las constitucionales⁶⁰² que lo convierte en el principio clave para llevar a cabo la tarea de armonización.

2. Tratamiento jurisprudencial del principio *Pro homine* por el Tribunal Constitucional peruano

En lo siguiente pasaremos a examinar e interpretar las consideraciones que el TC ha realizado sobre el contenido del principio *Pro homine*. Si bien el TC peruano tiene en su haber numerosos pronunciamientos en los que lo aplica⁶⁰³, nosotros nos ocuparemos brevemente sólo de aquel en el que lo define con más precisión. Se trata del proceso de amparo contra el Ministerio de Salud en el 2004, motivado a raíz del propósito de dicha entidad de distribuir gratuitamente la píldora del día siguiente. En el referido fallo el TC reconoce que este principio informa a todo el derecho de los derechos humanos, es decir, tanto a su fuente nacional como convencional. Además, se le reconoce la capacidad de ordenar, ante una pluralidad de normas aplicables, la adopción de la norma iusfundamental que garantice de la manera más efectiva los derechos fundamentales, es decir, aquella que despliegue una mayor eficacia⁶⁰⁴.

Asimismo, a juicio del TC, el *Pro homine* debe aplicarse incluso en los casos de duda si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos⁶⁰⁵. Apreciamos de la valoración que hace el TC del contenido de este principio, que su relevancia como clave hermenéutica marca la pauta hasta el punto en que el máximo intérprete acude en gran medida a él para resolver la controversia. En esa misma línea, no olvidemos que el TC al momento de desarrollar el contenido de las cláusulas IC en el caso

⁶⁰² Cfr. A. SANTIAGO, *El Derecho Internacional...*, cit., p. 25.

⁶⁰³ STC Exp. N° 5033-2006-PA/TC, fundamento jurídico 37; STC Exp. N° 00252-2009-PA/TC, fundamento jurídico 14; STC Exp. N° 01499-2010-PA/TC, fundamento jurídico 9; STC Exp. N° 1049-2003-AA7TC, fundamento jurídico 4; entre otros.

⁶⁰⁴ Ver STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, fundamento jurídico 33.

⁶⁰⁵ Ídem.

Castillo Chirinos, enmarca la aplicación del mandato de interpretación conforme en una relación de coordinación⁶⁰⁶ para la interpretación *Pro homine* de los derechos fundamentales.

3. Aplicación del principio *Pro homine* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A través de su jurisprudencia y opiniones consultivas la Corte IDH se ha referido con diversas expresiones al principio *Pro homine* y a su contenido. El tribunal de San José ha sentado los siguientes criterios⁶⁰⁷: (a) Si a una situación le son aplicables dos normas distintas, debe prevalecer la norma más favorable a la persona⁶⁰⁸; (b) si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual dicho Estado sea parte otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, el Estado deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos⁶⁰⁹; (c) si a una misma situación son aplicables la Convención y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, tampoco podrán traerse restricciones existentes en esos otros instrumentos pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ella reconoce⁶¹⁰.

Los criterios planteados por la Corte IDH nos remiten al artículo 29º de la CADH, cuyos principios específicos de interpretación de este tratado han sido identificados con el *Pro homine*. Dicho dispositivo prescribe que ninguna disposición convencional puede ser

⁶⁰⁶ La misma que parece reafirmar al reconocer que el *Pro homine* opera ante la pluralidad de normas aplicables. Luego, si entre ambas fuentes normativas e interpretativas de derechos humanos, hubiese otro tipo de vinculación, si fuese el caso de una relación de subordinación, sería suficiente con remitirse al contenido “favorable” de la fuente jerárquicamente superior aunque este fuese tanto menos favorable que el que dispense la fuente en el siguiente orden de prelación. Sin embargo, el propio TC aclaró que la capacidad de ordenar la norma e interpretación jurisprudencial a aplicar le corresponde al *Pro homine*.

⁶⁰⁷ Recogidos por J. AGUIRRE ARANGO, “La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista de Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos Universidad de San Carlos e Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Rafael Landívar*, Año V N° 8, 2007, p. 83.

⁶⁰⁸ Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, § 21; Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, § 52; Corte IDH. Caso Ricardo Canese. Sentencia de 31 de agosto de 2004, §180 y 181; caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia sentencia de 15 septiembre de 2005, § 106.

⁶⁰⁹ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa. Sentencia de 2 de julio de 2004, § 184; Caso Baena Ricardo y otros (270 Trabajadores). Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999, § 37. Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993, § 50.

⁶¹⁰ Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, § 52.

interpretada en el sentido de: (a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella⁶¹¹; (b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados⁶¹²; (c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno⁶¹³; y (d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza⁶¹⁴.

Ahora bien, estas reglas de interpretación y aplicación de la CADH que forman también parte del contenido del *Pro homine*⁶¹⁵, están dirigidas principalmente a los Estados con la

⁶¹¹ De conformidad con el artículo 32.2 de la Convención, los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. Asimismo, las restricciones permitidas, de acuerdo con la Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el que han sido establecidas.

⁶¹² En sus Votos Razonados en los Casos de la Masacre de Pueblo Bello (Sentencia de 31 de enero de 2006) y de López Álvarez (Sentencia de 1 de febrero de 2006), el juez Cançado Trindade señaló que cualquier reorientación de la jurisprudencia de la Corte sólo sería aceptable si proporcionare una mayor protección de los derechos consagrados, según el artículo 29.b de la Convención, que prohíbe expresamente la interpretación que limite el ejercicio de los derechos protegidos. Por su parte, en su Voto Razonado Concurrente a la Sentencia de la Corte de 31 de agosto de 2001 en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, el juez Sergio García Ramírez señaló que los seres humanos que se hallan protegidos por el régimen de la Convención no pierden por ello las libertades, prerrogativas o facultades que ya tengan conforme a la legislación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran, aunque la Convención tuviera, que no es el caso, restricciones o limitaciones a los derechos precedentes; y que esas libertades, prerrogativas o facultades no se ven excluidas por los derechos que reconoce la Convención, sino se concilian con ellos para precisar su alcance, o se añaden a éstos para integrar el creciente catálogo de los derechos humanos.

⁶¹³ A esta prescripción se le conoce como la cláusula abierta o de derechos implícitos, según la cual la enumeración de determinados derechos y garantías en una constitución –o en un tratado internacional sobre derechos humanos como lo es la Convención–, no excluyen otros que no estén explícitamente enunciados, pero que se derivan de la dignidad humana, de la forma representativa de gobierno y de la soberanía del Pueblo. (Cfr. J. AGUIRRE ARANGO, “La interpretación de la Convención...”, cit., p. 90).

⁶¹⁴ En su Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, la Corte afirmó que la circunstancia que la Declaración Americana no sea un tratado no conduce a la conclusión de que ésta carezca de efectos jurídicos. Además, manifestó que para los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta de dicha organización, y constituye, para estos Estados, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales; y que para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención, aunque debe tenerse en cuenta que a la luz del artículo 29.d) de la misma, tales Estados no quedan liberados de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración Americana.

⁶¹⁵ En realidad, si volvemos al contexto de la formación del SIDH y específicamente de la CADH, notaremos que la tradición continental personalista estuvo presente en la suscripción del Pacto de San José (conforme se

finalidad de que éstos las apliquen dado que son los primeros llamados a interpretar la Convención en forma constante en aquellos asuntos que no han sido tratados por la Corte IDH⁶¹⁶, de ahí que este tribunal sólo la interpreta de acuerdo a su competencia contenciosa, en los casos que se le presenten.

Como muestra de lo anterior, tenemos que si el literal b) del artículo 29° que prohíbe usar la CADH para limitar el goce y ejercicio de “cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes”, estuviese puesto para ser aplicado principalmente por la Corte IDH, entonces terminaría dándole jurisdicción para juzgar la materia de leyes internas⁶¹⁷. Además, si la prohibición de excluir otros derechos y garantías inherentes al ser humano estuviese destinada a ser aplicada por la Corte IDH, entonces se le otorgaría un poder ilimitado y sin restricciones contenidas explícitamente en el derecho⁶¹⁸. Sumado a ello, si nos vamos al contexto inmediato en el que se ubica el artículo 29° constatamos que éste se encuentra en la “Parte I-Deberes de los Estados y Derechos Políticos” y no en la “Parte II-Medios de Protección” (donde se le regula a la Corte)⁶¹⁹.

Por lo expuesto, parece evidente que la aplicación del principio *Pro homine* y por tanto la determinación de la disposición e interpretación más favorable, está esencialmente a cargo de los tribunales nacionales acompañados por los criterios complementarios del tribunal interamericano. En consecuencia, desde el plano internacional, ni el artículo 29° ni el *Pro homine* le atribuyen facultades a la Corte IDH para: (a) Aplicar y fallar bajo las prescripciones de otros tratados porque los considera más favorables; (b) encarecer la posición de alguna

aprecia en el artículo 1° segundo inciso, al considerar como persona a todo ser humano), lo cual destaca la consideración del *Pro homine* desde los orígenes del tratado.

⁶¹⁶ No obstante, no hay que confundir la interpretación primaria que les corresponde a los Estados en cuanto al contenido sustantivo, esto es, los contenidos de los derechos convencionales en base al *Pro homine*, con el ejercicio de una facultad de control del cumplimiento de la Convención que le corresponde a los organismos internacionales dispuestos para ese fin. En ese sentido, al tratarse de obligaciones internacionales cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional y la subsiguiente obligación de reparar, el Estado no puede asumir la función de vigilancia y de constatación del incumplimiento desde el fuero internacional. (Cfr. C. PIZZOLLO, “La relación entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del bloque de constitucionalidad federal” en S. ALBANESE (Coord.) *El control de convencionalidad*, cit., p. 197).

⁶¹⁷ Cfr. A. PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana in vitro...”, cit., p. 312, nota 43.

⁶¹⁸ Cfr. Ídem.

⁶¹⁹ Cfr. Ídem.

disposición convencional o de sus propios criterios jurisprudenciales por encima de las disposiciones y jurisprudencia nacional, desplazando estas últimas porque las estime menos favorables; y (c) plantear unilateral e indiscutiblemente el reconocimiento de derechos, libertades y garantías inherentes a la dignidad humana, más allá de los derechos que la CADH reconoce y de los que le ha encomendado su resguardo⁶²⁰. Y si bien la CADH prohíbe excluir o limitar el ejercicio de otros derechos, este tribunal no ostenta poder legislativo alguno en materia de derechos humanos, de lo contrario, no tendrían sentido la fijación del texto específico de los derechos reconocidos en la CADH⁶²¹ y se echaría abajo el espíritu mismo del Pacto⁶²².

⁶²⁰ Señalamos que la determinación no sea unilateral ni indiscutible, porque es posible e incluso mejor discutir la posibilidad de reconocer la existencia de otros derechos fundados en la dignidad humana. En todo caso lo que debe considerarse para este necesario diálogo deliberativo entre los tribunales nacionales y la Corte IDH, son: las distintas valoraciones y lecturas que sobre los derechos formulen los Estados dentro de las cuales empezaría a hacerse evidente la presencia de alguna exigencia de justicia diferente a las restantes, las circunstancias históricas que acompañan a la manifestación de los derechos, entre otros elementos. Concretamente, de lo que no está facultada la Corte IDH es de declarar la existencia e inclusión de otros derechos amparándose en el *Pro homine*, sin antes dialogar con los Estados en relación a ello. Inclusive, más discutible será la elección de la Corte IDH si el reconocimiento que hace no encuentra resonancia o apoyo en los discernimientos de los tribunales nacionales.

⁶²¹ Cfr. A. PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana in vitro...”, cit., p. 313. De lo contrario, se colisionaría con lo establecido en el artículo 62.3 de la Convención que establece la competencia de la Corte IDH para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido y no más que eso. Además, también se estaría contradiciendo el artículo 31º que establece que podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos de reforma de dicho tratado.

⁶²² En ese sentido, el objeto y fin del tratado no puede ser más amplio de lo que la Corte IDH intenta muchas veces establecer. Por eso, es adecuado precisar que dicho objeto y fin del Pacto de San José es “*la creación de estándares regionales vinculantes para la protección de determinados derechos humanos, y el establecimiento de un sistema para supervisar el cumplimiento de los mismos*”. (A. PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana in vitro...”, cit., p. 327). Núñez Poblete coincide en el hecho que los tratados de derechos humanos caracterizados por ser un contenido mínimo no aspiran a enumeraciones taxativas y que por lo tanto no desconocen demás derechos fundamentales que hay o puede haber en otros cuerpos normativos. En realidad, el carácter limitado de la lista de derechos reconocidos en el tratado no significa una enumeración cerrada y culminada, pero sí tiene que ver con la necesidad pluralista de reconocer el margen del que disfrutaban los Estados para reconocer otros derechos no enumerados. (Cfr. M. NÚÑEZ POBLETE, “Sobre la Doctrina del Margen de Apreciación Nacional. La Experiencia Latinoamericana Confrontada y el *Thelos* Constitucional de una Técnica de Adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en M. NÚÑEZ POBLETE y otro (Eds.), *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2012, p. 28). De esta manera, que el objeto y fin de la CADH sea la protección de determinados derechos no se opone al reconocimiento de otros que broten de la dignidad del ser humano. Lo que no es propio del Pacto es que éste se utilice como una fuente de creación infinita de derechos, situación a la que se podría llegar y, de hecho viene ocurriendo dado que el tribunal interamericano interpreta que el objeto de la Convención es la protección de los derechos en general y con eso se busca extender el contenido de la CADH e ir más allá del límite de sus facultades. (Cfr. A. PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana in vitro...”, cit., p. 327).

Por consiguiente, corroboramos que si bien el principio *Pro homine* es frecuentemente evocado en la jurisprudencia interamericana, su contenido y aplicación no está predeterminado según lo que la Corte de San José estipule y que por lo tanto, no es un criterio hermenéutico puesto principalmente a su disposición⁶²³.

4. Lo que supone estar a favor de la persona

Siguiendo con el contenido de este principio, cabe preguntarnos ¿Qué supone estar a favor de la persona? En realidad, la aplicación de la norma que no restrinja el contenido del derecho así como la elección de la interpretación más restringida cuando se trate de limitaciones y las reglas de interpretación del artículo 29° de la CADH, manifiestan una dimensión de la respuesta; el resto nos traslada a otro nivel de conocimiento que empieza por reconocer quién es el hombre para luego identificar aquello que le sea beneficioso. Incluso, parece que ya la acción tendiente a reconocer la identidad de la persona supone un actuar a favor suyo.

En ese sentido, si bien el punto de partida para comprender el contenido del principio *Pro homine* implica un esclarecimiento iusfilosófico de la realidad de la persona⁶²⁴ humana, es necesario aclarar que nuestro trabajo no tiene por finalidad desarrollar una reflexión antropológico-filosófica exhaustiva. Pese a ello, no podemos eludirla completamente por cuanto es indispensable que volvamos a la realidad humana, matriz de este principio, en la cual se condensa y reafirma la centralidad de la dignidad del ser humano⁶²⁵, y en ella se

⁶²³ Luego, el principio *Pro homine* “[...] no puede convertirse en un comodín con el cual se extiendan los compromisos de los Estados parte en los tratados internacionales”. (A. AMAYA VILLARREAL, “El principio Pro Homine: Interpretación Extensiva vs. el Consentimiento del Estado”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 5, 2005, pp. 337-380, p. 337. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82400511>. Consultado el 04/09/2014). Por otro lado, que los Estados sean los primeros llamados a buscar la mejor opción normativa e interpretativa para proteger los derechos de la persona no significa que la Corte IDH no pueda, aplicando el principio *Pro homine*, discernir la disposición e interpretación que resulte más favorable. Lo que está impedida de hacer, es que aplicando este principio elabore juicios de validez de las normas e interpretaciones que estime favorables para que controlen a otras posibles opciones a aplicarse, de tal modo que se construya parámetros generales que restrinjan la intervención de los jueces nacionales. (Cfr. A. GAIRAUD BRENES, “Los mecanismos de interpretación de los derechos humanos: especial referencia a la jurisprudencia peruana” en J. PALOMINO MANCHEGO (Coord.) *El Derecho Procesal Constitucional Peruano...*, cit., p. 130).

⁶²⁴ Cfr. L. CASTILLO CORDOVA, *Los derechos constitucionales...*, cit., p. 51.

⁶²⁵ El TC peruano reconoce aquella centralidad. Se puede ver: Exp. N° 02005-2009-PA/TC, fundamento jurídico 34; Exp. N° 6612-2005-PA/TC, fundamento jurídico 6; entre otros.

reconoce el contenido teleológico de aquellos derechos llamados “humanos”⁶²⁶, de los cuales se pide una interpretación siempre a su favor. En esa línea, en el debate sobre la dignidad, Starck estima que no es admisible la existencia de alguna fórmula o receta acabada de lo que es la dignidad humana⁶²⁷. Al respecto, el mismo autor sostiene que es posible a través de la interpretación sistemática de la Constitución, es decir como totalidad, identificar qué concepto filosófico de la dignidad humana se sigue y llegar a su concepto jurídico-constitucional⁶²⁸, más un hecho en el cual podemos reparar y que acompaña a la posibilidad planteada, es la falta de uniformidad en la doctrina peruana sobre lo que compone el concepto jurídico de dignidad⁶²⁹.

Visto esto, nuestra aproximación parte de una mirada a los rasgos antropológicos materiales de la dignidad, que nos dan la imagen del ser humano –para desde allí iluminar la lectura y comprensión sistemática de las disposiciones jurídicas–⁶³⁰ y en los cuales nos encontramos con una dignidad inconmensurable y consustancial a la misma naturaleza humana, es decir, una dignidad ontológica. La cual nos muestra que el sentido finalista y a la vez deóntico que identifica al hombre, le permite descubrir que llamado a desplegarse en sus fines requiere alcanzar determinados bienes, llevando en sí mismo la exigencia o deber de obtenerlos y la de respetar los del otro igual a él⁶³¹.

⁶²⁶ El profesor Chávez-Fernández explica que no se cae en una “falacia naturalista” cuando se dice que en el ser del hombre se contienen juicios deónticos objetivos y universales, esto porque comprendida metafísicamente la dinamicidad y perfectibilidad humanas se manifiesta también que en el modo de ser del hombre se contiene una exigencia de realización cada vez más plena de su ser. (Cfr. J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *La dignidad como fundamento...*, cit., p. 115).

⁶²⁷ Cfr. C. STARCK, *Jurisdicción Constitucional...*, cit., p. 152. También coincide con en esta apreciación J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *La dignidad como fundamento...*, cit., p. 92.

⁶²⁸ Para Rudolf Smend “[...] [e]l sistema, en cuanto globalidad cerrada y específica, presupone también un tipo de hombre y de ciudadano específico y determinado, con el que trabaja conceptualmente, y cuya conceptualización es, por tanto, condición inexcusable para la inteligibilidad de sus disposiciones jurídicas [...]”. (R. SMEND, *Constitución y derecho constitucional*, Trad. J.Mª BENEYTO PÉREZ, CEC, Madrid, 1985, p. 251. Citado por: J. CHÁVEZ FERNÁNDEZ POSTIGO, *La dignidad como fundamento...*, cit., p. 102).

⁶²⁹ Cfr. *Ibidem*.

⁶³⁰ Para el profesor Starck, de la elevada valoración del individuo en la civilización occidental se trasluce la notable influencia que sobre ella ha tenido el Cristianismo, específicamente la visión cristiana del hombre, la cual supone las bases o condiciones para el desarrollo de la garantía de la dignidad humana. Agrega el profesor Starck que las condiciones para el desarrollo de esta garantía también se encontraron en el Humanismo, la Ilustración, la Revolución y la legislación, por lo que la idea de la dignidad proviene del desarrollo histórico y encuentra su núcleo en la imagen del hombre cristiano. (Cfr. C. STARCK, *Jurisdicción Constitucional...*, cit., pp. 138-140).

⁶³¹ Cfr. J. CHÁVEZ FERNÁNDEZ POSTIGO, *La dignidad como fundamento...*, cit., p. 102.

En ese sentido, si aquello forma parte de la identidad de la persona y el *Pro homine* dispone actuar a favor de ella, el contenido de este principio implica volver la mirada a esta identidad que a la vez es una realidad inacabada e individual en tanto que se manifiesta en cada persona en concreto, y que requiere del despliegue de ciertos bienes esenciales para su perfeccionamiento⁶³². Luego, como el *Pro homine* está vinculado necesariamente con dicha realidad, entonces su contenido también está relacionado con aquellos bienes. Así, actuar a favor de la persona será proceder a favor de la plena realización de todos y cada uno de esos bienes –en cada caso– que fundados en la dignidad de su ser, son los que promueven su correcto desarrollo.

A su vez, si ahondamos más en el contenido del *Pro homine* relacionado a los bienes humanos fundamentales, hemos de reconocer también que en razón a que estos bienes guardan entre sí una unidad y armonía, actuar a favor de ellos implica preservar en todo momento su armonía. Este es, pues, el punto de coincidencia entre, por un lado, lo que mandan las CIC, que es, una interpretación coordinada y armónica de los derechos y de sus normas y, por otro lado, lo que entraña la misma exégesis y aplicación del *Pro homine*, que es, el reconocimiento de una realidad unitaria y armónica que los bienes humanos básicos conforman y la actuación a favor de ella con la elección de la norma e interpretación que no lesione aquellos bienes para que sean concretamente protegidos⁶³³. Con esto se reafirma la necesaria aplicación de este principio.

En esa línea, es primordialmente en torno a esta realidad que convergen y deben dialogar ambas instancias de protección nacional y convencional, en vista a que finalmente apuntan a la misma finalidad legitimadora: la protección efectiva de la persona⁶³⁴. Incluso, cualquier efecto vinculante de los fallos de la Corte IDH para los tribunales nacionales,

⁶³² ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, I, 1094a-1103^a.

⁶³³ Luego, la persona no puede requerir de bienes opuestos entre sí pues no se llamarían propiamente bienes ni serían integrantes de un único bien, que es precisamente el bien humano. (Cfr. Cfr. A. M. GONZÁLEZ, *Moral, razón y naturaleza. Una investigación sobre Tomás de Aquino*, Eunsá, Pamplona, 1998, pp. 151-152. Citado por J. CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos...*, cit., p. 129). Luego, un bien humano lo será en la medida que no se contraponga a los demás bienes humanos. Además, si se trata de bienes humanos, éstos están relacionados con lo que es bueno para el hombre y si se pierde este referente es posible que lo que se llame “bienes” no puedan operar concretamente y menos pensarse armónicamente. (Cfr. J. CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos...*, cit., pp. 129-130).

⁶³⁴ Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, “La relación entre los ámbitos normativos...”, cit., p. 239.

deberá ser necesariamente leído y aplicado en referencia a la persona humana, a la unidad de sus derechos y a todo aquello que favorezca su realización. Luego, el *Pro homine* al tiempo que busca la aplicación de la norma o de la interpretación que proteja eficazmente a los titulares⁶³⁵, atiende a la naturaleza específica de los derechos humanos⁶³⁶.

Finalmente, es importante destacar que el resultado que se obtenga de la interpretación coordinada, es decir, *Pro homine* de las normas constitucionales y convencionales así como de los criterios jurisprudenciales, será luego el parámetro o referente para interpretar el resto de disposiciones que conforman el ordenamiento jurídico⁶³⁷.

5. El hallazgo del *Pro homine* como clave hermenéutica y la propuesta para su aplicación

La identificación del principio *Pro homine* como clave hermenéutica de la interpretación conforme, y la actuación a favor de la persona con la elección de la norma e interpretación que no lesione los contenidos de sus derechos, suponen que estos últimos no se confundan con las disposiciones y normas iusfundamentales convencionales y constitucionales⁶³⁸. En ese sentido, cuando estas últimas sean o parezcan contrarias entre sí y su efectivización se complique, no debe concluirse erróneamente que también los derechos son contrarios unos a otros, ni debe intentarse resolver el conflicto de normas trasladándolo al nivel de los derechos mismos, con la postergación de alguno de éstos. Si volvemos al sistema interamericano vemos que en muchas ocasiones la Corte IDH ha optado como medida de decisión por la expulsión directa de la disposición constitucional “conflictiva” e inconvencional⁶³⁹ con el argumento de que colisiona con el derecho reconocido por alguna disposición convencional.

⁶³⁵ Cfr. X. MEDELLÍN URQUIAGA, *Reforma D.H. Metodología...*, cit., p. 25.

⁶³⁶ Cfr. Ídem.

⁶³⁷ Cfr. Ibídem, p. 42.

⁶³⁸ Cfr. Ibídem, pp. 91-92.

⁶³⁹ Cuando la Corte IDH en el proceso internacional resuelve que una norma interna carece de efectos jurídicos asemeja su conducta a la propia de una Corte o Tribunal Constitucional cuando declara la inconstitucionalidad de una ley. Con la diferencia que estas sentencias de inconstitucionalidad son ejecutivas, es decir, una vez firme en fallo la ley desaparece del ordenamiento jurídico. En cambio, en el caso de las sentencias de la Corte IDH habría que operar una transición hacia su ejecutividad porque son esencialmente declarativas, y necesitan que el Estado colabore para su ejecución. (Cfr. E. REY CANTOR, “Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes”, en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo

Contrariamente, desde la aplicación del *Pro homine* y el reconocimiento de la unidad de los derechos, se determina que hay que resolver el conflicto a nivel de las normas sin postergar ni sacrificar derechos, lo cual puede conducir a que la disposición “conflictiva” no sea expulsada del ordenamiento, más aún porque el derecho expresado en ella no es el que está en conflicto⁶⁴⁰ y por lo tanto éste no debiera ser sacrificado. De esta modo, se podrá salvar la confrontación verificando si de la disposición convencional o constitucional se permite la formulación de más de una norma, siendo al menos una de ellas compatible con al menos una de las normas que fuese posible concluir desde la otra disposición constitucional o convencional con la que en principio entra en conflicto⁶⁴¹.

Asimismo, esta distinción entre los derechos y las normas iusfundamentales nos recuerda la diferenciación que también esgrimen las cláusulas IC, en vista a que una prescribe la armonización a nivel normativo, mientras que la otra ordena la armonización en relación a los contenidos de los derechos y libertades. En el primer caso, para hacer posible la coordinación entre normas y dentro de ellas entre las disposiciones, es necesario reconocer el grado de generalidad que las caracterizan, que sin ser en todas igual, permite que las normas que se formulen respondan al carácter unitario de los bienes protegidos por los derechos, cuya armonía prescrita por la otra cláusula, da luces de que es posible lograrla⁶⁴².

En ese orden de ideas, la segunda cláusula apunta directamente a la compatibilidad de los contenidos de los derechos fundamentales, cuyos bienes tutelados y armónicos, anula –o

II, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Lima, 2013, p. 787). Incluso, dentro del contexto del artículo 68.1 de la CADH no se desprende que las sentencias interamericanas tengan carácter ejecutivo per se, ya que depende de cada orden interno regular su cumplimiento. (Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR y otro, “El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional”, cit., p. 608).

⁶⁴⁰ El profesor Toller sostiene que existen derechos que guardan entre sí frecuentes “puntos de contacto”, no propiamente conflictos, que no existen entre otros derechos fundamentales. Agrega que “más aún podría admitirse que hay derechos que son tendencialmente opuestos, pues en su formulación abstracta naturalmente no se contienen los mecanismos para su armonización y los bienes humanos que procuran tutelar, que ocupan sitios cercanos en el contexto general de los bienes jurídicos, pueden tender hacia contenidos divergentes [...]”. (F. M. TOLLER, “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales”, en E. FERRER MAC-GREGOR (Coord.), Interpretación Constitucional, Tomo II, Porrúa, México, 2005, p. 1205).

⁶⁴¹ Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, “La relación entre los ámbitos normativos...”, cit., p. 259.

⁶⁴² El mismo TC peruano ha reconocido que ante la presencia de normas internas contrarias: “No se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional, ni el desconocimiento de estas últimas en el orden nacional, sino su armonización e integración”. (Ver STC N° 00679-2005-AA/TC, fundamento jurídico 35).

en todo caso es un elemento inicial para superarse— cualquier superposición de criterios formales o de jerarquías abstractas que puedan plantear los tribunales⁶⁴³. De esta forma, corresponde a las autoridades jurisprudenciales encargarse de un adecuado ajustamiento entre los derechos junto con los bienes jurídicos que protegen⁶⁴⁴. Además de que el contenido del derecho, si bien empieza a perfilarse en abstracto, no es sino en el caso concreto donde termina por definirse, dando lugar a una protección específicamente favorable⁶⁴⁵. Esto también explica por qué la vinculatoriedad de los fallos de la Corte IDH no puede plantear la existencia de “criterios estándar” que marquen una obligación de adoptarlos.

Por otro lado, si volvemos a la realidad humana, veremos también que el hombre es un ser social y jurídico por naturaleza, luego, para que un derecho sea realmente tal debe ajustarse con otros derechos o bienes igualmente humanos⁶⁴⁶. Por tanto, no es posible que un bien o derecho exija la lesión o el sacrificio de otro bien o derecho⁶⁴⁷, por lo que una interpretación a favor de la persona sólo puede ser aquella que considere esta exigencia. A partir de ello, no es posible afirmar que quien tiene un derecho a la vez ya no lo tiene en vista

⁶⁴³ Como señala el profesor Alfonso Santiago “A veces se tiende a considerar al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, integrado por un número creciente de Tratados Internacionales que los reconocen y protegen, como un bloque de juridicidad perfectamente coherente, armónico, sin fisuras, ni probables contradicciones. Esto no siempre se corresponde con la realidad. Como todo sistema legal encierra la posibilidad de posibles conflictos normativos que exigen la definición del contenido esencial y del contorno de cada derecho, para lograr su plena armonización. Podrían surgir conflictos entre normas o criterios interpretativos provenientes de distintos tratados internacionales sobre derechos humanos, de modo que el seguimiento de una pauta surgida de un tribunal llevara consigo la presunta violación de los derechos reconocidos en otros tratados. Las doctrinas elaboradas acerca de la armonización de los derechos, de la determinación de su contenido esencial y el seguimiento del principio pro homine, contribuirán al intérprete nacional a superar esos aparentes conflictos”. (A. SANTIAGO, “El Derecho Internacional...”, cit., p. 124).

⁶⁴⁴ Cfr. P. SERNA y F. TOLLER, *La interpretación constitucional...*, cit., p. 47.

⁶⁴⁵ Como señalan los profesores Serna y Toller: “[...] salvo raras excepciones, únicamente es posible determinar [el contenido] por completo en el marco de los casos concretos”. (P. SERNA y F. TOLLER, *La interpretación constitucional...*, cit., p. 50).

⁶⁴⁶ Al respecto, Toller precisó que “[...] ante la regla de la necesidad de coexistencia humana desde su principio los derechos habrán de ser precisamente fruto de una tarea de ajustamiento, no realidades presociales de contornos definidos al margen de toda situación concreta y de toda exigencia de respeto. Los derechos nacen, pues, ajustados entre sí y en armonía con los elementos que integran el bien de la comunidad política en que viven los titulares de los mismos”. (F. M. TOLLER, “Una metodología alternativa...”, cit., p. 1247).

⁶⁴⁷ P. SERNA y F. TOLLER, *La interpretación constitucional...*, cit., p. 53. No obstante, los derechos fundamentales tienen la misma jerarquía, los bienes humanos que esos derechos protegen tienen distintos niveles de importancia, eso en razón a que es evidente que hay bienes que son imprescindibles para garantizar el respeto de la dignidad humana y hay otros bienes más colaterales para esa misma dignidad. Ahora bien, esta jerarquía entre los bienes humanos no implica necesariamente jerarquías entre los derechos constitucionales que los protegen. Estos últimos en cuanto derechos tienen igual jerarquía, mientras que por el bien que tutelan y no por sí mismos, se podría decir impropriamente —como señala Toller— que hay diferente importancia entre los derechos fundamentales. (Cfr. F. M. TOLLER, “La resolución de los conflictos...”, cit., pp. 1210-1211).

a que se define judicialmente que es mejor su restricción o eliminación⁶⁴⁸. No parece razonable afirmar que se actúa a favor de la persona, cuando se asume una hermenéutica de sus derechos fundamentales que en determinados casos concretos los trata como derechos “descartables”⁶⁴⁹. En realidad, proceder así resulta contrario a la aplicación del principio *Pro homine* para la labor de armonización. En una situación de aparente conflicto, en vez evaluar la supuesta jerarquía abstracta de cada derecho o su peso específico, lo que corresponde es determinar cuál de ellos está presente en el caso y cuál no⁶⁵⁰, o si existen en parte uno y en parte el otro⁶⁵¹, pues “[...] lo que no es posible es que puedan existir ambos derechos al mismo tiempo y bajo el mismo punto de vista avalando pretensiones contradictorias”⁶⁵².

De igual manera, el *Pro homine* no puede dejar de lado la necesidad de una interpretación sistemática tendiente al respeto de la unidad y coherencia de la Constitución incluidas las disposiciones convencionales, siendo que a través de dicha interpretación se procura la armonía interna de su contenido a fin de hacer de toda ella una norma de vigencia plena⁶⁵³. En esa línea, esta armonización pasa necesariamente por la determinación de lo que

⁶⁴⁸ Ésta es una crítica a la teoría conflictivista que formula el profesor Toller, en virtud de la cual se le atribuye a esta teoría la negación categórica del principio lógico de no contradicción. Según el cual no se puede ser y no ser en el mismo momento y según las mismas consideraciones. O también “es imposible que algo sea y no sea a la vez y en el mismo sentido”, “es imposible que un mismo atributo pertenezca y no pertenezca a la vez y en el mismo respecto al mismo sujeto”, “si lo mismo es lo mismo, lo mismo no es lo otro”. (Cfr. F. M. TOLLER, “Reputaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos”, en J. CIANCIARDO (Coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006, pp. 138 y 142). Decía Aristóteles que sólo es posible ignorarlo si no se razona. (Cfr. *Metafísica*, IV, 3, 1005b 11-23; 4, 1007^a 20).

⁶⁴⁹ Así, en el caso en concreto los dos o más derechos alegados por las partes existen, pero uno de ellos será ejercido legítimamente por su titular, es decir, el derecho restante deberá sacrificarse o anularse de modo sistemático, lo que significa que el primer derecho es en abstracto y *a priori* superior, o que para aquel caso en particular ostenta dicha superioridad. Se reemplaza al principio lógico de no contradicción por una lógica del sacrificio. (Cfr. F. M. TOLLER, “Reputaciones lógicas...”, cit., p. 140).

⁶⁵⁰ Esto no excluye que reconozcamos los distintos grados de importancia de los bienes jurídicos y con ello lo que corresponde al juez e intérprete es determinar el derecho en concreto que es realmente lesionado y si bien considerar la importancia de cada bien humano en abstracto puede orientarlo, ello no sobrepasa a las circunstancias del caso y a las exigencias de los derechos involucrados en base a las cuales deberá resolver. En otras palabras, es posible que el derecho que proteja al bien humano más importante en grado no sea el que realmente rijan o se haya lesionado en el caso concreto. Luego, como el juez necesita dilucidar cuál es el derecho que en concreto existe, la presencia del bien humano así sea de valor superior no le autoriza para sacrificar a los otros bienes de los otros sujetos. (Cfr. F. M. TOLLER, “La resolución de los conflictos...”, cit., p. 1214).

⁶⁵¹ Cfr. P. SERNA y F. TOLLER, *La interpretación constitucional...*, cit., p. 30.

⁶⁵² Cfr. *Ibidem*, p. 31.

⁶⁵³ En efecto, las soluciones planteadas por la teoría conflictivista, al ordenar la prevalencia de algunos derechos fundamentales sobre otros del mismo género, traen como resultado que una u otra norma constitucional y convencional se anulen entre ellas, todo lo contrario a lo que propone la interpretación armonizadora. Como señala el profesor Toller al aplicarse una jerarquización cerrada esto implica que no se tomen en serio todos los derechos, dado que habrá siempre un grupo de ellos que quedarán postergados en las controversias judiciales

se conoce como el "contenido esencial" de los derechos fundamentales, cuya precisión consiste en "mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio⁶⁵⁴, hacia su naturaleza, al bien que protegen, a su finalidad y a su ejercicio funcional, en concreto: atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable⁶⁵⁵. Se trata de un contenido al que es preferible llamar simplemente "contenido del derecho" o "contenido formal" –según la propuesta del profesor Toller– prescindiendo de núcleos duros y periferias disponibles⁶⁵⁶. Pero para conseguirlo se requiere abandonar la consideración de los derechos como realidades ilimitadas, abstractas, conflictuales y a-teleológicas⁶⁵⁷.

En la línea de lo señalado, tanto los jueces nacionales como la Corte IDH tienen una serie de elementos que componen el horizonte hermenéutico del *Pro homine* para tratar de discernir cuál derecho está realmente presente en el caso y cuál no. Dicho discernimiento no implica lesión alguna al verdadero derecho –el que, en rigor, no se habrá hecho presente en la contienda– pero sí conlleva el rechazo de las pretensiones de la parte que lo enarbola injustamente en el litigio⁶⁵⁸.

si se encuentran con otros de rango superior. Luego, se comete una gran injusticia con los titulares del primer grupo de derechos que verán siempre rechazadas sus pretensiones al encontrarse con los titulares de los derechos abstractamente superiores. Aclara Toller que esta consecuencia rompe con la unidad de la Constitución, lo cual es distinto a decir que se trata de un sistema acabado, pues a lo que se atiende es a la necesidad de no dejar nada afuera y de maximizar la potencialidad de todas las normas que consagran derechos. (Cfr. F. M. TOLLER, "La resolución de los conflictos...", cit., pp. 1207 y 1208).

⁶⁵⁴ De lo que se trata es de una delimitación del contenido de los derechos, pues aunque éstos no son ilimitados –en el sentido de que todo lo cubierto por su ámbito material sería por ello mismo legítimo– propiamente no son tampoco limitados, esto es, no tienen ni necesitan límites externos, sino que son delimitables, esto a través de la tarea legislativa y de la decisión judicial en cada caso, donde es posible trazarles contornos precisos, un ámbito donde es justo ejercerlos, de modo que trasponer esa esfera de actuación regular devendrá un ejercicio abusivo. (Cfr. P. SERNA y F. TOLLER, *La interpretación constitucional...*, cit., p. 66).

⁶⁵⁵ Cfr. Ibidem, p. 42

⁶⁵⁶ Cfr. Ibidem, p. 47

⁶⁵⁷ Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, "¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?", *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, Núm. 12, 2005, p. 128. En ese sentido, el contenido de cada derecho debe establecerse, no desde su formulación puramente semántica o agotarse en una serie de interpretaciones jurisprudenciales, sino desde su noción teleológica, reconociendo su naturaleza unitaria y armónica con los demás derechos y bienes jurídicos, advirtiendo al mismo tiempo sus esferas de funcionamiento razonable. (Cfr. F. M. TOLLER, "Una metodología alternativa...", cit., p.1252). Toller afirma que "[...] teniendo por norte el fin de *cada* derecho y de *todos* los derechos –que en definitiva es proteger al ser humano en orden a una vida digna– se dará por resultado derechos equilibrados, sin innecesarios conflictos ni limitaciones entre sí. De esta modo, determinando teleológicamente el derecho, a lo que coadyuva su naturaleza o contenido esencial, es superfluo delimitarlo extrínsecamente, ya sea en orden a su ejercicio singular, o en el posible "conflicto" con otros derechos".

⁶⁵⁸ Cfr. Ibidem, p.1249.

Por otro lado, dejamos abierta la posibilidad de que pueda presentarse una contradicción irreconciliable entre los contenidos normativos producto de las disímiles interpretaciones que realicen los jueces de las disposiciones constitucionales y convencionales. Ante esta situación, tenemos que considerar que, necesariamente, al menos una de las interpretaciones no se adecua o conforma con el sustrato del derecho protegido y que, por lo tanto, no es materialmente constitucional o convencional. Sobre las sentencias constitucionales inconstitucionales se ha desarrollado diversas investigaciones bastante completas⁶⁵⁹, por lo que ahora nos referiremos brevemente sólo a los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH que, siendo formalmente convencionales, puedan terminar siendo materialmente contrarios a la CADH.

Para ello, tomaremos como base la distinción entre las normas constitucionales directamente estatuidas⁶⁶⁰ y las normas adscritas a éstas⁶⁶¹. Bajo esta tesis, las segundas se entienden como concreción de las primeras, que son las formuladas en el texto convencional. En esa línea, habrá de reconocerse la capacidad de crear normas adscritas a aquellos que puedan interpretar de forma vinculante la Constitución y la CADH y, esto da cuenta de otra característica de estas normas y es que quien las formula lo hace de manera vinculante⁶⁶². Cabe resaltar que esta concreción se encuentra condicionada por el respeto a las exigencias de justicia que representa la norma directamente estatuida y que se ha de reflejar en la concreción⁶⁶³.

Sentado lo anterior, en el caso del modelo constitucional peruano, es el TC al que le corresponde sentar las normas constitucionales adscritas y, por regla general, toda concreción o creación normativa no podrá ser cuestionada en su constitucionalidad, pues necesariamente

⁶⁵⁹ Se puede ver: O. BACHOF, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima, 2008; L. CASTILLO CÓRDOVA, “La necesidad de un recurso de reconsideración por manifiesta inconstitucionalidad de una sentencia del Tribunal Constitucional”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, 17(154), pp. 245-260.

⁶⁶⁰ Son aquellas que “[...] se formulan a partir del texto de las disposiciones consideradas como integrantes de una unidad”. Dichas normas “tienen una estructura abierta e indeterminada que requiere ser especificada para operar efectivamente”. (L. CASTILLO CÓRDOVA, *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 17-19).

⁶⁶¹ Son una concreción de la norma directamente estatuida. Luego, “[...] al ser una concreción necesariamente tendrá la naturaleza jurídica del objeto concretado”. (L. CASTILLO CÓRDOVA, *Los precedentes vinculantes...*, cit., p. 20).

⁶⁶² Cfr. Ídem. En ese sentido, dice Castillo Córdova: “Han de ser tenidas como normas tanto porque normativa es la naturaleza de lo concretado, como porque vinculante es la interpretación que da origen a la concreción”.

⁶⁶³ Cfr. Ídem.

vincula a sus destinatarios y se impone a la interpretación que realicen los demás operadores jurídicos⁶⁶⁴. No obstante, la vigencia y eficacia de dicha concreción o norma adscrita se consolida cuando se advierte que de ella se trasluce su constitucionalidad material a partir de las razones con que han sido sustentadas para justificarla⁶⁶⁵.

En el caso de la CADH, la interpretación autorizada está a cargo de la Corte IDH. En ese sentido, toda interpretación que del Pacto de San José formule es una norma convencional formalmente adscrita a la Convención que desde luego vinculará, salvo que tal norma sea manifestamente inconvencional por contradecir de modo ostensible alguna exigencia de justicia contenida en las disposiciones convencionales o constitucionales, es decir, sea notablemente injusta⁶⁶⁶. En este caso, no se ha de seguir o considerar en la labor de compatibilización tal norma adscrita por ser materialmente inconvencional⁶⁶⁷. A su vez, también es posible que se presenten normas convencionales adscritas materialmente

⁶⁶⁴Cfr. *Ibidem*, pp. 21-22.

⁶⁶⁵Cfr. *Ídem*.

⁶⁶⁶Dicha injusticia manifiesta parte de la justificación incorrecta que presente la Corte IDH para sustentar su posición. En esa línea, el profesor Alfonso Santiago destaca que “Si bien el Derecho Internacional de los Derechos Humanos está construido, principalmente, sobre la base de poder remediar por medio de él las violaciones que provienen de las autoridades locales, no está demás considerar que también esas lesiones pueden originarse en la actuación de organismos o en sentencia de los tribunales internacionales”. (A. SANTIAGO, “El Derecho Internacional...”, cit., p. 123).

⁶⁶⁷ Luego, como resalta el profesor Sagüés “Los tribunales internacionales pueden padecer de distintos defectos, como practicar un autismo jurídico que los lleve a interpretar los derechos humanos emergentes de un instrumento internacional solamente ‘desde’ tal documento, desconociendo las realidades y el contexto normativo del Estado donde se debate una posible infracción a aquellos derechos. También aquí pueden repetirse actitudes hedonistas y narcisistas de pésimos resultados, como creer que por tratarse de un ente jurisdiccional supremo, cuyos veredictos son irrecurribles, es posible resolver ligera, mayestática y soberanamente los casos, sin medir con responsabilidad y tino las consecuencias previsibles del pronunciamiento, la factibilidad de su ejecución, o el impacto probable en situaciones futuras dentro y fuera del país involucrado por la sentencia. En otro sentido, un tribunal internacional, animado con las mejores intenciones, puede emitir sentencias por cierto bien intencionadas, pero cuyas secuelas quizá no se han medido con la cautela del caso. Tampoco cabe descartar que, sobre todo por razones ideológicas, un tribunal internacional actúe incorrectamente con el texto que debe interpretar, minificando al derecho en juego, hipertrofiándolo o falseándolo. Nadie tiene aquí el dogma de la infalibilidad, ni es posible asegurar tampoco la eterna fidelidad del operador del tratado al espíritu de éste. Cabe tomar conciencia, eso sí, que el éxito de un tribunal supranacional y su aptitud de convicción y de seguimiento de sus sentencias por los órganos jurisdiccionales locales dependerá –ab initio– de la ejemplaridad de ellas. A mayor legitimidad de tales fallos, mayor posibilidad de acompañamiento”. (N. SAGÜÉS, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de Derechos Humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis. Universidad de Talca*, Vol. 9, núm. 1, 2003, pp. 210-211. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/197/19790111.pdf>. Consultado el 14/09/2014).

convencionales en la generalidad de los casos, pero que se advierta que su aplicación en un caso concreto lesionaría un derecho⁶⁶⁸. Ante esa situación, no corresponde aplicarlas⁶⁶⁹.

Ahora bien, ya casi llegando a la parte final de nuestro trabajo y, considerando que para el proceso de armonización en el que tenemos que aplicar el *Pro homine* es necesario determinar los contenidos de funcionamiento razonable de los derechos; encontramos una interesante y novedosa manera de aplicar este principio por medio de la propuesta de interpretación de derechos planteada por el profesor Toller. Esta propuesta es, a nuestro juicio, la más adecuada para aplicar el *Pro homine* porque reconoce que: (a) Tras los derechos está el hombre, y por ello postergar un derecho es rezagar a una persona; (b) todos los derechos guardan relación con el modo de ser propio del hombre, son el modo de efectivizar algunas exigencias que garantizan a la persona una vida digna; (c) los derechos tienen una relación con la naturaleza humana, son medios que confluyen en la misma dirección, que es la realización de los fines de la persona; y (d) dichos fines no implican exigencias contradictorias o enfrentadas, en vista a que el ser humano es esencialmente una unidad⁶⁷⁰. En ese sentido, este método consiste en aplicar los pasos del control de razonabilidad de las leyes del derecho alemán a las pretensiones de los presuntos derechos supuestamente enfrentados en un caso concreto, es decir, se trata de tomar a cada pretensión de cada uno de los supuestos derechos alegados y convertirlas hipotéticamente en una norma legal o jurisprudencial aplicable a ese caso.

De este modo, se pone a prueba “la supuesta norma” que habilita a hacer lo que el litigante pretende, sometiéndola al test que examina si posee los siguientes elementos: una finalidad constitucional y socialmente relevante, adecuación de los medios a esa finalidad, necesidad de las prescripciones y proporcionalidad entre lo obtenido mediante lo prescrito y

⁶⁶⁸Cfr. Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, *Los precedentes vinculantes...*, cit., p. 29.

⁶⁶⁹ Lo anterior nos lleva a concluir que se debe romper con el tradicional criterio de ubicar siempre la protección más favorable en las normas convencionales, cuya justificación puede escoger la preferencia por un criterio de solución muchas veces formal, que consiste en creer equivocadamente que la CADH se encuentra por encima de la Constitución. Así, regularmente se sigue la tendencia de preferir al tratado internacional porque se consideraba que siempre sería más protector, lo cual se corrobora según Caballero Ochoa con el propio diseño normativo, es decir, los tratados establecen principios que son de aplicación general para los Estados partes, en su condición de instrumentos multilaterales, lo que devendría en una ventaja sobre derechos limitados en el orden interno. (Cfr. J. CABALLERO OCHOA, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona...”, cit., p. 131).

⁶⁷⁰ Cfr. F. M. TOLLER, “Una metodología alternativa...”, cit., p. 1281.

lo que se impide por ello, para finalmente definir si la acción que faculta hacer la supuesta norma integra el contenido esencial del derecho que alega. Luego, se procederá en igual sentido con cada pretensión del derecho presuntamente contrario. Aplicado este método se podrá determinar el derecho que está realmente presente en el caso⁶⁷¹ y proceder de manera favorable a su tutela.

En síntesis, podemos afirmar que: (1) El principio *Pro homine* es la clave hermenéutica que permite realizar la acción de coordinación que ordenan las cláusulas de interpretación conforme; (2) este principio calificado como una directriz por el TC peruano ordena actuar a favor del hombre a través de la elección de la norma e interpretación que no lesione el contenido formal del derecho en cuestión, de la norma e interpretación más restringida cuando se establezcan restricciones, de la aplicación del artículo 29° de la CADH; (3) actuar a favor del hombre también supone: 3.1) interpretar los derechos considerando la armonía existente entre los bienes jurídicos que protegen y su delimitación interna, 3.2) no postergar derecho alguno de ningún titular en base a elecciones definidas por límites externos a los derechos, y 3.3) respetar la esfera de funcionamiento razonable de cada derecho; y (4) los primeros llamados a determinar la norma e interpretación más favorable son los Estados.

Finalmente, se muestra que el principio *Pro homine* como clave hermenéutica que explica y orienta la coordinación normativa, jurisdiccional e interpretativa, permite que en el campo de interpretación que respeta la armonía de los derechos, se echen las raíces para instaurar un auténtico diálogo judicial y asimismo, en el marco de este proceso deliberativo se logrará hacer más palpable la protección armónica de los derechos humanos. Por lo tanto, el *Pro homine* no es un criterio subjetivo “[...] modulado *a priori* en el sentido que se quiera [...]”⁶⁷²; su contenido, por el contrario, nos vuelve ineludiblemente hacia la naturaleza y finalidad de los derechos así como hacia la trascendencia de su titular, cuya presencia modula la formulación de los contenidos normativos y jurisprudenciales iusfundamentales y marca la existencia de una inacabable deliberación, puesto que la ausencia o sustitución de la

⁶⁷¹ Cfr. F. M. TOLLER, “Una metodología alternativa...”, cit., pp. 1271-1276.

⁶⁷² J. CABALLERO OCHOA, “Comentario sobre el artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución (La cláusula de interpretación conforme al principio *Pro persona*)”, en E. FERRER MAC GREGOR y otros (Coords.), *Derechos Humanos en la Constitución...*, cit., p. 57.

persona como fin último del Derecho, hace que se convierta en vana e irracional cualquier discusión.

CONCLUSIONES

1. La interpretación de conformidad es una técnica hermenéutica utilizada en diversos países de la región que conforman el sistema interamericano así como en otros hemisferios. La manera más usual de aplicar esta técnica es por medio de cláusulas constitucionales y legales, que en el caso del ordenamiento jurídico peruano se encuentran contempladas en la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución y en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. De la naturaleza de estas cláusulas y del uso que comúnmente le han brindado los Estados, se desprende que se tratan de vías de recepción e integración del Derecho internacional de los derechos humanos en los sistemas jurídicos nacionales.

Las cláusulas de interpretación conforme prescriben el desarrollo de una labor judicial tendiente a compatibilizar y armonizar los contenidos de los derechos fundamentales así como las normas iusfundamentales internas con las disposiciones convencionales y las decisiones de la Corte Interamericana, a fin de brindar una protección más acabada y efectiva de los derechos. Destaca de manera particular el fallo del TC en el caso Castillo Chirinos, en el cual asoció el contenido prescriptivo de las mencionadas cláusulas con la determinación de la vinculatoriedad de las *rationes decidendi* de las sentencias de la Corte Interamericana para todo poder público nacional, incluso en los casos en los que el Estado peruano no haya sido parte procesal, en el marco de una relación de cooperación con el tribunal internacional.

En ese sentido, valorada dicha vinculatoriedad desde la naturaleza y finalidad de las cláusulas, se colige que «vinculante» significa que son fuentes interpretativas de necesaria e ineludible consideración para llevar a cabo la labor de armonización o de adecuación en el caso concreto. Luego, no debe ser vista como una orden de sujeción o aplicación exclusiva y excluyente de los criterios jurisprudenciales interamericanos. Una vinculación así entendida desfigura el tratamiento que brinda el derecho peruano a la fuente internacional de derechos humanos, sobrepasa los ejes rectores de la interpretación constitucional y desvirtúa el papel de la Convención y la jurisprudencia interamericana dentro del ordenamiento e incluso coloca equivocadamente a estas últimas como criterios de validez material y formal de todo el orden jurídico nacional. Cuando en realidad si bien los derechos reconocidos

convencionalmente son también derechos constitucionales, las disposiciones referidas a los primeros ingresan al bloque de constitucionalidad manteniendo su naturaleza de norma internacional mínima, coadyuvante y complementaria al derecho estatal.

2. Desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y concretamente desde la Convención Americana, se propone también una relación de coordinación que se materializa en la necesidad de la intervención primordialmente estatal que el mismo tratado reconoce y promueve para una concreta protección de los derechos. A nivel jurisprudencial, la Corte ha creado la figura del control de convencional, el mismo que –del modo como viene siendo aplicado por la Corte– no resulta adecuado para hacer operativa la labor de compatibilidad, en razón a que: (1) No tiene fundamento sustantivo en la Convención Americana ni fundamento adjetivo en el mismo tratado que le dé competencia a la Corte para crearlo; (2) impone un criterio formal de valoración de la compatibilidad que supone la superioridad de la Convención y de los fallos de la Corte en todos los casos; (3) desconoce la preeminencia material de la Constituciones nacionales e interfiere en las atribuciones de los órganos encargados de proteger la constitucionalidad de los ordenamientos llegando incluso a desplazarlos; (4) se asimila al control de constitucionalidad interno cuando sustancialmente se coloca en una posición antagónica al sistema jurídico interno y porque vista la conformidad como control supranacional contradice la protección coadyuvante y mínima del derecho convencional; y (5) prescrito para que opere de oficio a cargo de las autoridades internas instaure un nuevo orden de tipo “interamericano” y dota a dichas autoridades de facultades que ni la Convención ni las Constituciones estatales reconocen.

Sin embargo, si lo que se busca a través de este control a cargo de las autoridades estatales, es reforzar la aplicación de la Convención y de los fallos de la Corte, es mejor admitir que: (1) La relación entre ambas fuentes de derechos humanos (la nacional y la convencional) es de coordinación normativa, jurisdiccional e interpretativa; (2) la Convención Americana en calidad de norma mínima y complementaria es de aplicación inmediata y forma parte del bloque constitucional; (3) la doctrina jurisprudencial de la Corte en calidad de fuente accesoria contribuye en el discernimiento de los tribunales internos para la aplicación de la Convención pero su uso está supeditado a la valoración del juez de acuerdo a las exigencias del caso; (4) la inaplicación injustificada de alguna disposición convencional

formará parte del control de constitucionalidad por lo que no es adecuado plantear la convencionalidad de las normas como un “control” paralelo, más si con éste se intenta establecer alguna prelación cuando se presenten interpretaciones discordantes y opuestas; y (5) el examen de convencionalidad necesita ser explicado dentro del contexto del sistema constitucional nacional. Para este propósito es necesario tomar en cuenta que el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete del ordenamiento y por lo tanto es también intérprete convencional, siendo que su doctrina constitucional/convencional vinculante también forma parte del control difuso que se realice al interior del Estado.

3. La relación de coordinación entre los tribunales para efectuar la labor de armonización requiere de un permanente diálogo judicial caracterizado por: (a) Un escenario deliberativo; (b) una finalidad común aunque las soluciones no lleguen a ser mutuamente compartidas; (c) un contexto de pluralidad constitucional; (d) el reconocimiento de los interlocutores en condiciones de igualdad; y (e) el intercambio argumentativo prolongado y susceptible de mejora. Esta propuesta de diálogo judicial está contenida no sólo en el mandato de las cláusulas sino también en los principios de interpretación de la Convención Americana contenidos en su artículo 29°.

4. El principio *Pro homine* es la clave hermenéutica, idónea y efectiva para llevar a cabo la coordinación normativa, jurisdiccional e interpretativa entre ambos estamentos de protección. De acuerdo a este principio, se debe actuar siempre a favor de la persona ya sea con la aplicación de la norma o interpretación que no menoscabe ni salga de los contornos del contenido formal de cada derecho, o con la elección de la norma e interpretación menos restringida para la restricción de derechos, todo ello de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso.

El sentido último de la actuación a favor de la persona –que es el contenido de este principio– muestra que, de acuerdo a la naturaleza de los derechos los cuales protegen bienes fundamentales armónicos, es favorable para cada persona en concreto que se interpreten sus derechos de manera armónica sin preferir uno en detrimento de otro, determinando el derecho que está verdaderamente presente en el caso. A su vez, la determinación y aplicación de la norma e interpretación más favorable le corresponde en primer lugar a los Estados, lo cual

no restringe que la norma e interpretación adecuada pueda encontrarse en el ámbito convencional, ni tampoco obstaculiza que la Corte IDH participe en la elección siempre atendiendo a los parámetros de su intervención.

Finalmente, queda establecido que el mandato de las cláusulas de interpretación conforme, es decir, la acción de armonización, ajustamiento y compatibilización se condice adecuadamente con lo que significa actuar a favor de la persona, por lo cual se reafirma la posición del *Pro homine* como clave hermenéutica de la interpretación de conformidad, en el marco del dialogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional peruano.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

I. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- Corte IDH, Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 134.
- Corte IDH, Caso de Comunidad Moiwana vs Suriname, sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C, núm. 124.
- Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- Corte IDH. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.
- Corte IDH. Caso Fairén Garbí y Solís Corrales Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6.
- Corte IDH. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 17.
- Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs El Salvador, sentencia del 1 de marzo de 2005, Serie C, núm. 120.
- Corte IDH. Caso Palma Mendoza y otros Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 247.
- Corte IDH. Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240.
- Corte IDH, Caso Genie Lacayo vs Nicaragua, sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C, número 30.
- Corte IDH. Caso Vargas Areco vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 155.

- Corte IDH. Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de enero de 1999. Serie C No. 49.
- Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” Villagrán Morales y otros vs Guatemala, Fondo, sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63.
- Corte IDH. Caso Escher y otros vs Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de julio de 2009, serie C, núm. 200.
- Corte IDH. Caso Da Costa Cadogan vs Barbados, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de septiembre de 2009, serie C, núm. 204.
- Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75.
- Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C N° 100.
- Corte IDH. Caso Kimel Vs Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C N° 177.
- Corte IDH. Caso La Última Tentación de Cristo Vs. Chile (Olmedo Bustos y otros). Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73.
- Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C, N° 135.
- Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75.
- Corte IDH. Caso Baena Ricardo Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C N° 72.
- Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C N° 126.
- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154.
- Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101.
- Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.
- Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.

- Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
- Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.
- Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein, Competencia, sentencia del 24 de septiembre de 1999, Serie C, núm. 54.
- Corte IDH. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C N° 68.
- Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.
- Corte IDH. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C N° 123.
- Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.
- Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Corte IDH. Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros vs Perú) Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencias de 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158.
- Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.
- Corte IDH. Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.
- Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.
- Corte IDH. Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

- Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.
- Corte IDH. Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.
- Corte IDH. Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.
- Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.
- Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217.
- Corte IDH. Caso Vélez Llor vs. Panamá. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.
- Corte IDH. Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.
- Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.
- Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.
- Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.
- Corte IDH. Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.
- Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239.
- Corte IDH. Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 290.
- Corte IDH. Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados. Supervisión Cumplimiento Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2011.

- Corte IDH en el caso Cesti Hurtado vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia del 29 de enero de 2000. Serie C, N° 65.
- Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
- Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.
- Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C nº 276.
- Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros). Vs. Perú. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007 Serie C No. 174.
- Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.
- Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.
- Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996. Serie C No. 27.
- Corte IDH. Caso Del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de agosto de 2008 Serie C No. 181.
- Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 173.
- Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
- Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C No. 61.

II. OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Corte IDH. Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13.
- Corte IDH. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11.
- Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
- Corte IDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.
- Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.
- Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2.
- Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.
- Corte IDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva oc-7/86 del 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7.
- Corte IDH. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.
- Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

- Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.

III. VOTOS RAZONADOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en Corte IDH. Caso Vargas Areco vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 155.
- Voto Razonado del juez Ferrer Mac-Gregor en Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.
- Voto razonado del juez García Ramírez en Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.
- Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.
- Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.
- Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- Voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade en Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.
- Voto razonado del juez Eduardo Ferrer-Mac Gregor en Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C nº 276.

- Voto disidente del juez Antônio Augusto Cançado Trindade en Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros). Vs. Perú. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007 Serie C No. 174.
- Opinión Separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante en Corte IDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva oc-7/86 del 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7.
- Voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade en Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.
- Voto razonado Concurrente del juez Sergio García Ramírez en Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- Voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade en Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

IV. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

- CPJI. Serie A/B, N° 44, p. 4. Asunto del intercambio de poblaciones griegas y turcas, Serie B, N° 10
- CPJI, Asunto de las comunidades Greco-Búlgaras, Serie B, N° 17

V. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

- STC Exp. N.º 4587-2004-AA/TC
- STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC
- STC Exp. N° 6612-2005-PA/TC
- STC Exp. N° 00025 y 00026-2005-PI/TC
- STC Exp. N.º 03891-2011-PA/TC
- STC Exp. N° 00007-2007-PI/TC
- STC Exp. N° 0217-2002-HC/TC
- STC Exp. N° 04617-2012-PA/TC

- STC Exp. N° 1277-99-AC/TC
- STC Exp. N° 1417-2005-AA/TC
- STC Exp. N° 5854-2005-AA/TC
- STC Exp. N° 679-2005-PA/TC
- STC Exp. N° 00005-2003-AI/TC
- STC Exp. N° 00014-2003-AI/TC
- STC Exp. N° 00030-2005-PI/TC
- STC Exp. N° 0004-2009-PA/TC
- STC Exp. N° 00047-2004-AI/TC
- STC Exp. N° 0012-2005-PI/TC
- STC Exp. N° 0020 y 0021-2005-PI/TC
- STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC
- STC Exp. N° 00252-2009-PA/TC
- STC Exp. N° 00574-2011-PA/TC
- STC Exp. N° 010-2002-AI/TC
- STC Exp. N° 014-2002-AI/TC
- STC Exp. N° 01499-2010-PA/TC
- STC Exp. N° 0174-2006-HC/TC
- STC Exp. N° 02748-2010-PHC/TC
- STC Exp. N° 03170-2010-PHC/TC
- STC Exp. N° 03173-2008-PHC/TC
- STC Exp. N° 050-2004-AI/TC
- STC Exp. N° 0607-2009-PA
- STC Exp. N° 0607-2009-PA

- STC Exp. N° 08469-2013-PA/TC
- STC Exp. N° 1049-2003-AA/TC
- STC Exp. N° 1243-2008-PHC
- STC Exp. N° 1333-2006-PA/TC
- STC Exp. N° 139-2013-PA/TC
- STC Exp. N° 1752-2002-AA/TC
- STC Exp. N° 218-2002-HC/TC
- STC Exp. N° 2596-2010-PA
- STC Exp. N° 26-2004-AI/TC
- STC Exp. N° 2730-2006-PA/TC
- STC Exp. N° 2798-2004-HC/TC
- STC Exp. N° 4119-2005-PA/TC
- STC Exp. N° 4235-2010-PHC/TC
- STC Exp. N° 4677-2004-AA/TC
- STC Exp. N° 4677-2005-PHC/TC
- STC Exp. N° 4853-2004-PA/TC
- STC Exp. N° 5019-2009-PHC
- STC Exp. N° 5033-2006-PA/TC
- STC Exp. N° 5156-2006-AA/TC
- STC Exp. N° 5156-2006-PA/TC
- STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC
- STC Exp. N° 6149-2006-PA
- STC Exp. N° 8817-2005-HC/TC
- STC Exp. N° 00679-2005-AA/TC

- STC Exp. N° 1412-2007-PA/TC

VI. JURISPRUDENCIA COMPLEMENTARIA

5.1 JURISPRUDENCIA NACIONAL

- JUZGADO CIVIL DE LA PROVINCIA DE SAN MARTÍN

Sentencia N° 150-2014, emitida el 12 de agosto de 2014, Exp. N° 303-2012-O- 2208-JR-CI-01

5.2. JURISPRUDENCIA COMPARADA

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

STC 38/2011, de 28 de marzo de 2011

STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007

STC 38/2011, de 28 de marzo de 2011

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA

Sentencia Constitucional 491/2003-R del 15 de abril de 2003

- CORTE SUPREMA DE ARGENTINA

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Caso “Simón”, sentencia del 17 de junio de 2005

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Sentencia C-010/00

- TJUE

Sentencia del 9 de marzo de 1978 en el asunto 106/77

– CAMARA FEDERAL DE SALTA

L. O., A. y ot. c/ SWISS MEDICAL s/ AMPARO”, EXPTE. N° 007/13 (Juzgado Federal de Salta N° 1) julio de 2013.

– SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA

L.E.H. y Otros/ Recurso extraordinario de inconstitucionalidad en J. 221.605/50.235 "L.E.H. c/O.S.E.P. p/Acción de amparo p/Apelación s/Inc.", Exp. 110.803, Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, julio de 2014.

VII. NORMATIVA INTERNACIONAL

– Constitución de España de 1978.

– Constitución Política del Perú de 1993.

– Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966.

– Constitución de Portugal de 1976.

– Constitución de Colombia de 1991.

– Constitución de Bolivia de 2009.

– Constitución de México de 1917.

– Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1998).

– Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Asunción, Paraguay, 1990).

– Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, Colombia, 1985).

– Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, Brasil, 1994).

– Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará, Brasil, 1994).

– Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Guatemala, 1999).

– Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (Comisión Interamericana, 2000).

- Carta Democrática Interamericana (Asamblea General de la OEA, 2001); Convención Interamericana sobre la Corrupción.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica, 1969)

VIII. DOCTRINA

- ABAD YUPANQUI, Samuel, “El “olvido” de una deuda tributaria: La increíble historia de Panamericana TV”, *Enfoque Derecho*. PUCP, Lima 2014. Disponible en: <http://enfoquederecho.com/el-olvido-de-una-deuda-tributaria-la-increible-historia-de-panamericana-tv/>
- ABUGATTAS GIADALAH, Gattas Elías, " Sistemas de incorporación monista y dualista ¿tema resuelto o asignatura pendiente?", *Agenda Internacional*, Vol. 12, N° 23, 2006, pp. 439-461. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/viewFile/8321/8625>
- AGUIRRE ARANGO, José Pedro, “La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos humanos”, *Revista de Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos Universidad de San Carlos e Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Rafael Landívar, Año V, N° 8, 2007, pp. 73-98
- AMADO RIVADENEYRA, Alex, “El influjo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en las Américas y en la jurisprudencia constitucional del Perú”, *Revista Jurídica de Derecho Público. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, Tomo 6, 2011, pp. 43-58. Disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico-tomo-6/43_a_58_el_influjo.pdf.
- AMAYA VILLARREAL, Álvaro Francisco, “El principio Pro Homine: Interpretación Extensiva vs. el Consentimiento del Estado”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 5, 2005, pp. 337-380. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82400511>
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, I, 1094a-1103^a
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, IV, 3, 1005b 11-23; 4, 1007^a 20.
- AYALA CORAO, Carlos, “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Año 5, N° 1, 2007, pp. 127-201. Disponible en: http://www.cecuch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_5_1_hm/la_ejecucion5_1-2007.pdf

- AYALA CORAO, Carlos, “Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como institutos para la Protección de los Derechos Humanos”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Vol. I, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, pp. 341-374.

- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *Fuentes del Derecho*, Tomo II, Tecnos, Madrid, 1992, 183 p.

- BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo, “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en LÓPEZ GUERRA, Luis, y SAIZ ARNAIZ, Alejandro, (Dir.), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Palestra, Lima, 2015, pp. 231-254.

- BARBERIS, Julio A., "Consideraciones sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos como tratado internacional", en *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, Vol. 1, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José Costa Rica, 1998, pp. 243-254. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/FixVoll.pdf>.

- BARRIOS GONZÁLEZ, Boris, “La cosa juzgada nacional y el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos humanos por los Estados parte”, *Revista Semestral de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Año 4, N° 2, 2006, pp. 363-392. Disponible en: http://www.cecuch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/4n_2_2006/15.pdf

- BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín “Fundamento y esencia del Derecho Internacional”, en *Filosofía del Derecho Internacional*, 1ª Reimpresión, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Serie H: Estudios de Derecho Internacional Público 11, México, 2001, 387 p. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=27>

- BAZÁN, Víctor, “Breves notas sobre las previsiones del Código Procesal Constitucional peruano respecto de la labor interpretativa de los jueces y el Tribunal Constitucional”, en PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coord.), *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*, Tomo I, Grijley, Lima, 2005, pp. 309-324.

- BAZÁN, Victor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 18/2º, 2011, pp. 63-104. Disponible en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/V%C3%ADctor%20Bazan.pdf>

- BAZÁN, Víctor, “Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*, Fundap, Querétaro, 2012, pp. 11-31.

- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y otro (Coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2009, pp. 291-317. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2740>

- BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, 419 p.

- BIDART CAMPOS, Germán y ALBANESE, Susana, *Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Comunitario*, Ediar, Buenos Aires, 1998, 307 p.

- BIDART CAMPOS, Germán, “Jerarquía y prelación de normas en un Sistema Internacional de Derechos Humanos”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Vol. 1, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José Costa Rica, 1998, pp. 447-479. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/FixVol1.pdf>.

- BIDART CAMPOS, Germán, “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna”, *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 1998, pp. 93-105. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=113>

- BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar-UNAM, México, 2003, 529 p.

- BIDART CAMPOS, Germán, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 230

- BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo III, 1ª Reimpresión, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 558

- BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991, 444 p.

- BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Tomo III, Nueva ed. ampliada y actualizada, 1ª Reimpresión, Ediar, Buenos Aires, 2002, 654 p.

- BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría General de los derechos humanos*, 1ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2006, 444 p.

- BINDER, Christina, “¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, en BOGDANDY, Armin Von, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un iusconstitucionale commune en América Latina?* Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010, pp. 449-468. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2895>.

- BUERGENTHAL, Thomas “El Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos”, *Anuario Jurídico Interamericano*, Secretaría General de la OEA, Washington D.C., 1982.

- BURGORGUE-LARSEN, Laurence y otro, “El diálogo judicial entre la corte interamericana de derechos humanos y la corte europea de derechos humanos”, en BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo y otros (Coords.), *Protección multinivel de derechos humanos*, Manual, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2013, pp. 187-210.

- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *La erradicación de la impunidad: Claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional, Universidad Complutense, N° 9, Madrid, 2011, 25 p. Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-la%20erradicaci%C3%B3n%20de%20la%20impunidad.pdf>

- BUSTOS GISBERT, Rafaél, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 95, 2012, pp. 13-63.

- CABALLERO OCHOA, José Luis, “Comentario sobre el artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución (La cláusula de interpretación conforme al principio Pro persona)”, en FERRER MAC GREGOR, Eduardo y otros (Coords.), *Derechos Humanos en la Constitución, Comentarios de Jurisprudencia constitucional e interamericana*, Tomo I, México, 2013, 47-88.

- CABALLERO OCHOA, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)”, en CARBONELL, Miguel y otro (Coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2012, pp. 103-133. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033>

- CANOSA USERA, Raúl, “Interpretación constitucional y voluntad democrática”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, 3ª ed., Porrúa, México, 2002, pp. 2601-2622.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio A, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995): evolución, estado actual y perspectivas”, en *Derecho Internacional y Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, 2005, pp. 47-95.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio A., “Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, N° 193, 1998, pp. 107-135. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/113/5.pdf>
- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, *Introducción general al control de convencionalidad*, Porrúa, México, 2013, 84 p.
- CAROZZA, Paolo, “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 97, Num. 1, Scholarly Works, Paper 564, Faculty Scholarship, pp. 38-79. Disponible en: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564/
- CARPIO MARCOS, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004, 166 p.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1995, 174 p.
- CASCAJO CASTRO, José Luis, “Constitución y derecho constitucional: apuntes con motivo de un aniversario”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. Extra, 2004, pp. 15-32. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=835151>
- CASTAÑEDA MÉNDEZ, Juan Alberto, “Aproximación crítica desde un margen al control de convencionalidad: a propósito del control democrático vs control dictatorial. Una mirada a la labor del tribunal constitucional desde el constitucionalismo crítico peruano”, artículo publicado en Academia.edu el 07 de junio de 2013, 16 p.
- CASTILLA JUÁREZ, karlos “Principio pro persona en la administración de justicia”, *Revista Cuestiones Constitucionales. UNAM*, núm. 20, 2009, pp. 65-83. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88511735002>
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Vol. XIII, 2013, pp. 51-97.
Disponible en:
<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoInternacional/indice.htm?n=13>

- CASTILLA JUÁREZ, Karlos A., “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, *Revista Derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia*, núm. 33, 2014, pp. 149-172. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/3376/337632740006.pdf>
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, *Cuestiones Constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, Núm. 12, 2005, pp. 99-129
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Acerca de la garantía del "contenido esencial" y de la doble dimensión de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho. Universidad de Piura*, Vol. 3, N° 3, 2002, pp. 25-53. Disponible en: http://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1895/Acerca_garantia_contenido_esencial_doble_dimension_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales”, *Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces. Universidad de Piura*, Tomo 139, 2005, pp. 144-149. Disponible en: http://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2065/Algunas_pautas_determinacion_contenido_constitucional_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre derechos humanos”, *Revista Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Año 10, N° 2, 2012, pp. 231-280. Disponible en: http://www.cecoc.cl/docs/pdf/revista_10_2_2012/la_relacion_Luis_Castillo.pdf
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *El Tribunal Constitucional peruano y su dinámica jurisprudencial*, Palestra, Lima, 2008, 336 p.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales, Elementos para una teoría general*, 3ª ed., Palestra, Lima, 2007, 476 p.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, 574 p.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “¿Estado convencional de Derecho? Un breve estudio sobre el control de convencionalidad, en MOSQUERA MONELOS, Susana (Coord.),

La Constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú, Cuartas Jornadas sobre Derechos Humanos, Palestra, Lima, 2015, pp. 45-63.

- CHARNEY, Jonathan I., “Universal International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 87, N° 4, 1993, pp. 529-551. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/i312272>
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, José Carlos, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Palestra, Lima 2012, 218 p.
- CIANCIARDO, Juan, *El ejercicio regular de los derechos: Análisis y crítica del conflictivismo*, editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2007, 352 p.
- CONTESSE, Jorge, Seminario: “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, seminario organizado por la Universidad de Palermo, Buenos Aires, 21 p. Disponible en: http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/paper_contesse.pdf
- CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, “Control de Convencionalidad Fuerte y Débil”, Parte I, *Columna de opinión publicada en Diario Constitucional*, 17 de agosto de 2012. Disponible en: <http://www.pcontreras.net/blog/control-de-convencionalidad-fuerte-y-dbil-parte-i>
- COREA SALAS, Fernando, “Análisis del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y su impacto en la soberanía nacional de sus miembros”, *Revista Ius et Veritas*, Año XII, N° 23, 2001, pp. 21-40. Disponible en: <http://www.ius360.com/revistas/ius-et-veritas-23.pdf>
- DE AQUINO, Santo Tomás, *Suma Teológica*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2013.
- DE DOMINGO, Tomás, y MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, “La interpretación de la garantía del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales”, en *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional, Teoría general e implicaciones prácticas*, Palestra, Lima, 2010, 287 p.
- DE LA GUARDIA, Ernesto, *Derecho de los Tratados Internacionales*, Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1997, 565 p.
- DEL TORO HUERTA, Mauricio, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 112, 2005, pp. 325-

363. Disponible en:
<http://www.journals.unam.mx/index.php/bmd/article/view/10593/9922>.

- DEL TORO HUERTA, Mauricio, “El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano”, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a Veinticinco años de su funcionamiento*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2007, pp. 23-61. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2496/7.pdf>.
- DÍAZ MUÑOZ, Oscar, “La jurisprudencia constitucional” en PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coord.), *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*, Tomo I, Grijley, Lima, 2005, pp. 267-277.
- DÍAZ ZEGARRA, Walter, *Comentario exegético al código procesal constitucional*, Ediciones Legales, Lima, 2012, 789 p.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, 1166 p.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, “Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿cuarta instancia?”, *Revista electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público*, Vol. 1, N° 1, 2009, 69 p. Disponible en: <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/issue/view/9>
- ETO CRUZ, Gerardo, *El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano*, Porrúa, México, 2012, 573 p.
- NOVAK TALAVERA, Fabián, “Los tratados y la Constitución peruana de 1993”, en NOVAK TALAVERA, Fabián y otro, *Los derechos humanos en instrumentos internacionales y su desarrollo en la doctrina*, Selección de textos, Pontificia Universidad Católica del Perú, y Embajada Real de los Países Bajos, Lima, 1997, 253 p.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, 3ª ed., Porrúa, México, 2002, pp. 2713-2732.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, 392 p.
- FERRER MAC GREGOR, Eduardo, CABALLERO OCHOA, José Luis y STEINER, Christian (Coords.), *Derechos Humanos en la Constitución, Comentarios de Jurisprudencia constitucional e interamericana*, Tomo I, México, 2013, 1188 p.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso *gelman vs. Uruguay*)”, *Revista de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Vol. 11, N° 2, 2013, pp. 641-694. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002013000200017&script=sci_arttext#39

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Revista Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Año 9, N° 2, 2011, pp. 531-622. Disponible en: http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_9_2_2011/articulo_13.pdf

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”, en VALADÉS, Diego y otro (Coords.), *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Tomo III, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001, pp. 209-224. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/94/12.pdf>

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad, a la luz del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Vol. XLIV, núm. 131, 2011, pp. 917-967. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42721161020>

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y otro, “El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional”, *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo II, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Lima, 2013, pp. 599-613.

- FIGUEROA GUTARRA, Edwin, *Derecho Constitucional*, Tomo I, San Marcos, Lima, 2012, 415 p.

- FUENTES TORRIJO, Ximena, “International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, Vol. 77, N° 2, 2008, pp. 483-506.

- GAIRAUD BRENES, Alfonso, “Los mecanismos de interpretación de los derechos humanos: especial referencia a la jurisprudencia peruana”, en PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coordinador) *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*, Tomo I, Grijley, Lima, 2005, pp. 123-144.

- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, “El nuevo código procesal constitucional”, *Revista Provincia*, Número Especial, 2005, pp. 401-419. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/555/55509913.pdf>

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, 264 p.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Cuestiones de la Jurisdicción Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 2008, pp. 187-221. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v8/v8a5.pdf>

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Presentación de la publicación de la Opinión Consultiva OC-18/03 emitida por la Corte Interamericana*, editada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2004.

- GARCÍA TOMA, Victor, *Teoría del estado y derecho constitucional*, 3ª ed., Adrus, Arequipa, 2010, 861 p.

- GIL RENDÓN, Raymundo, “El control de convencionalidad”, *Revista de Derechos Humanos. Universidad de Piura*, Vol. 5, 2014, pp. 175-194.

- GÓMEZ PÉREZ, Mara, “La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II, 3ª ed., Porrúa, México, 2002, pp. 1183-1198.

- GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo, “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en BOGDANDY, Armin Von, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un iusconstitucionale commune en América Latina?* Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010, pp. 403-430. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2895>.

- GONZALEZ CAMPOS, Julio y otros, *Curso de Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2002, 996 P.

- GONZALEZ CAMPOS, Julio y otros, *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, Madrid, 1998, 964 p.

- GRÁNDEZ CASTRO, Pedro, Presentación en LÓPEZ GUERRA, Luis, y SAIZ ARNAIZ, Alejandro, (Dir.), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de*

los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales, Palestra, Lima, 2015, pp. 7-14.

- GROS ESPIELL, Hector, “La Declaración Americana: Raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derecho americano”, *Revista IIDH número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre 1985*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, núm. especial, 1989, 158 p. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/multic/revistaiidh.aspx?contenidoid=cf53eb8f-a0d2-478c-b17e-b4622b20f25a&Portal=IIDH>

- HÄBERLE, Peter, “Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica”, en PÉREZ LUÑO, Antonio (Coord.), *Derecho y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996, pp. 151-186.

- HAKANSSON NIETO, Carlos, “La posición constitucional de los tratados sobre derechos humanos y la jurisdicción internacional para su protección en el código procesal constitucional”, en PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coord.), *El derecho procesal constitucional peruano*, Tomo II, Grijley, Lima, 2005, pp. 1211-1228.

- HAKANSSON NIETO, Carlos, “Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación”, *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, Año 23, N° 18, 2009, pp. 55-77. Disponible en: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1543/1865>

- HAKANSSON NIETO, Carlos, “Una visión panorámica de la Constitución de 1993. Veinte años después”, *Revista Pensamiento Constitucional. PUCP*, N° 18, 2013, pp. 11-34. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/8946/9354>

- HAKANSSON, Carlos, “La posición constitucional de los tratados de derechos humanos en la Carta de 1993”, en MOSQUERA MONELOS, Susana (Coord.), *La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú, Cuartas Jornadas sobre Derechos Humanos*, Palestra, Lima, 2005, pp. 27-44.

- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, “La polisemia del control de convencional interno”, *International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 24, 2014, pp. 113-141. Disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/8542>

- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, “Sistema integrado de protección de los derechos humanos”, *Revista Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*,

Año 5, N° 2, 2007, pp. 121-135. Disponible en: http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/5n_2_5_2007/8_sistema_integrado.pdf

- HERRERA PEREZ, Jairo, “Control judicial internacional de DDHH sobre la actividad jurisdiccional interna de los estados: ¿una cuarta instancia?”, en ETO CRUZ, Gerardo (Coord.), *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional*, *Liber Amicorum Néstor Pedro Sagüés*, Tomo II, Adrus, Lima, 2011, pp. 765-800.
- HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Año 7, N° 2, 2009, pp. 109-128. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3097126>
- HITTERS, Juan Carlos, “Un avance en el control de convencionalidad (El efecto “erga omnes” de las sentencias de la Corte Interamericana)”, *Revista Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Vol. 11, N° 2, 2013, pp. 695-710. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82029345018>
- HOYOS, Ilva, *De la dignidad y de los derechos humanos*, Temis, Bogotá 2005, 358 p.
- HUERTA GUERRERO, Luis Alberto, “La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional en materia de derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*, 2006, Vol. 7, 363 p.
- LANDA ARROYO, César Rodrigo, “¿Diálogo entre la justicia constitucional y la jurisdicción internacional? Entre la incorporación y la manipulación de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano”, en LÓPEZ GUERRA, Luis, y SAIZ ARNAIZ, Alejandro, (Dirs.), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Palestra, Lima, 2015, pp. 187-230.
- LANDA ARROYO, César Rodrigo, “Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional peruano”, en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (Eds.), *Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2010, pp. 69-80.
- LANDA ARROYO, Cesar Rodrigo, “Teorías de la interpretación constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, 3ªed., Porrúa, México, 2002, pp. 2801-2819.

- LANDA ARROYO, César Rodrigo, *Constitución y fuentes del Derecho*, Palestra, Lima, 2006, pp. 118-119
- LANDA ARROYO, Cesar Rodrigo, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Palestra, Lima, 2004, 278 p.
- LONDOÑO LÁZARO, Maria Carmelina, “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: Confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. XLIII, núm. 128, 2010, pp. 761-814. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42719870007>
- MALARINO, Ezequiel, “Acerca de la Pretendida Obligatoriedad de la Jurisprudencia de los órganos Interamericanos de Protección de Derechos Humanos para los Tribunales Judiciales Nacionales”, en STEINER, Christian, (Ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Vol. II, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V; Monte Video, 2011, pp. 425-445.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, “Toda interpretación jurídica debe ser una respuesta a problemas concretos”, entrevista realizada por Johnny Mállap Rivera, *Revista Derecho y Cambio Social*, Núm. 4, año 2, 2005. Disponible en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista004/interpretacion.htm>
- MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, *Reforma D.H. Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos (principio Pro persona)*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México D.F., 2013, 96 p. Disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/archivos_Principio_pro_persona.pdf
- MELÉNDEZ, Florentín, “La interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos”, en *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia: estudio constitucional comparado*, 8ª ed., Fundación Konrad Adenauer - Fundación Editorial Universidad El Rosario, Bogotá, 2012, pp. 117-129.
- MESÍA RAMÍREZ, Carlos, *Exégesis del código procesal constitucional*, Tomo I, 4a ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p.114
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, “Aproximación al concepto de fuentes del derecho internacional”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos. Universidad del Rosario*, Vol. 7, N° 2, 2005, pp. 77-91. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73370204>

- MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Derecho Internacional Público*, 5ª ed., Temis, Bogotá, 2002, 746 p.
- MONTTOYA ZAMORA, Raúl, “Las nuevas pautas interpretativas en materia de derechos humanos”, *Revista Quid Iuris*, Año 6, Vol. 17, 2012, pp. 135-150. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/17/cnt/cnt6.pdf>
- MOSQUERA MONELOS, Susana, “El Perú y la recepción de los tratados de derechos humanos”, en MOSQUERA MONELOS, Susana (Coord.), *La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú, Cuartas Jornadas sobre Derechos Humanos*, Palestra, Lima, 2005, pp. 65-86.
- NASH ROJAS, Claudio, “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Universidad del Rosario*, 2013, pp. 489-509. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=dconstla&n=2013>
- NASH ROJAS, Claudio, "La protección internacional de los derechos humanos", en *Seminario Internacional: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales, organizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de México*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2008, pp. 167-231. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/publicaciones/detalle.tpl?id=27>
- NEVES, Marcelo, “Del diálogo entre las Cortes Supremas y la Corte Interamericana de derechos humanos al transconstitucionalismo en América Latina” en BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo y otros (Coords.), *Protección multinivel de derechos humanos*, Manual, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2013, pp. 275-302.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Universidad del Rosario*, 2013, pp. 511-553. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=dconstla&n=2013>
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en período 2006-2011”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Año 10, N° 2, 2012, pp. 57-140. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002012000200003&script=sci_arttext

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “La soberanía, las constituciones y los tratados internacionales en materia de derechos humanos: América Latina y Chile”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II, 3ª ed., Porrúa, México 2002, pp. 1395-1448.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano”, *Revista de Derecho. Universidad Católica del Uruguay*, N° 2, 2007, pp. 153-180. Disponible en: <http://revistadederecho.ucu.edu.uy/inicio/item/11-2%C2%AA-%C3%A9poca-revista-arbitrada-n%C2%BA-2.html>

- NOVAK TALAVERA, Fabian y otro, *Derecho Internacional Público*, Tomo I: Introducción y Fuentes, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2003, 580 p.

- NOVAK TALAVERA, Fabian, “Los criterios para la interpretación de los tratados”, *Revista Themis. PUCP*, N° 63, 2013, pp. 71-88. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8991>

- NOVAK TALAVERA, Fabian, y otro, *Las obligaciones Internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*, 2ª edición, Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial PUCP, Lima 2002, 989 p.

- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, “Sobre la Doctrina del Margen de Apreciación Nacional. La Experiencia Latinoamericana Confrontada y el Thelos Constitucional de una Técnica de Adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en NÚÑEZ POBLETE, Manuel, y otro (Eds.), *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2012, 385 p.

- O’DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª ed., Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México D.F., 2012, 1093 p. Disponible en: http://www.derechoshumanosdf.gob.mx/work/models/DOCDH/PDFs/docdh_completa.pdf

- OTÁROLA PEÑARANDA, Alberto, “El derecho procesal supranacional interamericano”, en ETO CRUZ, Gerardo (Coord.), *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional, Liber Amicorum Néstor Pedro Sagués*, Tomo II, Adrus, Lima, 2011, pp. 699-764.

- OTÁROLA PEÑARANDA, Alberto, “La inserción del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema constitucional peruano”, en PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coord.), *El derecho procesal constitucional peruano, estudios*

en homenaje a: Domingo García Belaúnde, Tomo II, Grijley, Lima, 2005, pp. 1109-1144.

- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, 831 p.
- PAÚL DÍAZ, Álvaro, “La Corte Interamericana in vitro: Comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Vol. 2, 2013, pp. 303-345
- PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, 568 p.
- PÉREZ TREMPES, Pablo, “Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, N° 10, 1992, pp. 73-86. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=119294>
- PINTO, Mónica, “Derechos Humanos y Concepto de Soberanía. Cambios en la Concepción Tradicional” en *Derechos Humanos en el Umbral del Tercer Milenio*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997, 291 p.
- PINTO, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian, (Comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, editorial Del Puerto, Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, Buenos Aires, 1997, 650 p.
- PIZA ESCALANTE, Rodolfo, “El Valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la Justicia Internos - El Ejemplo de Costa Rica”, en *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio*, Vol. 1, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, pp. 169-192. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/FixVol1.pdf>
- PIZZOLLO, Calogero, “La relación entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del bloque de constitucionalidad federal”, en ALBANESE, Susana, (Coord.), *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008, pp. 189-206.
- PRADO HERRERA, Juan Carlos, “La interpretación de los derechos y libertades constitucionales conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia (RAE)*, 2008, pp. 195-204. Disponible en: <http://www.raejurisprudencia.com.pe/data-jurisprudencial/descargas.php?p=81>

- QUIROGA LEÓN, Aníbal, "El derecho procesal constitucional en el Perú y el código procesal constitucional", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, Sección de Previa, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006, pp. 377-405, Disponible en: <http://www.kas.de/wf/doc/5587-1442-4-30.pdf>

- QUIROGA LEÓN, Aníbal, "Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cosa juzgada en los tribunales nacionales", *Revista Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Vol. 4, N° 2, 2006, pp. 393-413. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82040117>

- QUIROGA LEÓN, Aníbal, "Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano", *Revista Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Año 3, N° 1, 2005, p. 243-262. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2033947&orden=71809&info=link>

- REY CANTOR, Ernesto, "Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes", en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo II, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Lima, 2013, pp. 763-799.

- ROMERO PÉREZ, Xiomara Lorena, *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, 148 p.

- RUBIO CORREA, Marcial Antonio, "La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos", *Revista Pensamiento Constitucional. PUCP*, Año V, N° 5, 1998, pp. 99-113.

- RUBIO CORREA, Marcial Antonio, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2006, 455 p.

- RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, "La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los jueces nacionales", *Gaceta Constitucional*, Tomo 19, Lima, 2009, 445 p.

- SAGÜÉS, Néstor Pedro, "El "Control de Convencionalidad" como instrumento para la elaboración del *ius commune* interamericano", en BOGDANDY, Armin Von, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010, pp. 449-468. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2895>

- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en PALOMINO MANCHEGO, José F. y otro (Coords.), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Germán Bidart Campos*, Grijley, Lima, 2002, pp. 33-52.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en PALOMINO MANCHEGO, José F. y otro (Coords.), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro Homenaje a Germán Bidart Campos)*, Grijley, Lima, 2002, pp. 33-51.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de Derechos Humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis. Universidad de Talca*, Volumen 9, núm. 1, 2003, pp. 205-221. Consultado de <http://www.redalyc.org/pdf/197/19790111.pdf>
- SAGÜÉS, Nestor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca*, Año 8, Nº 1, Chile, 2010, pp. 117-136. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1989, 587 p.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, 1ª Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2004, 519 p.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2001.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española)” en LÓPEZ GUERRA, Luis, y SAIZ ARNAIZ, Alejandro, (Dirs.), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Palestra, Lima, 2015, pp. 279-326.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española)”, en BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo y otros (Coords.), *Protección multinivel de derechos humanos*, Manual, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2013, pp. 47-88.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de derechos humanos: las razones para el diálogo”, en LÓPEZ GUERRA, Luis, y SAIZ ARNAIZ, Alejandro, (Dirs.), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos*

humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales, Palestra, Lima, 2015, pp.153-185.

- SALGADO PESANTES, Hernán, “Derecho procesal constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de derechos humanos”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro (Coords.), *Constitución, Derecho y Proceso. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, IDEMSA, Lima, 2010, pp. 815-838.
- SALMÓN GÁRATE, Elizabeth, “Los aportes del derecho internacional de los derechos humanos a la protección del ser humano”, en SALMÓN GÁRATE, Elizabeth (Coord.), *Miradas que construyen. Perspectivas multidisciplinarias sobre los derechos humanos*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2006, pp. 147-165.
- SALMÓN GÁRATE, Elizabeth, *El Derecho Internacional Humanitario y su relación con el Derecho Interno de los Estados*, Palestra, 2007, 321 p.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Remberto y otros, “Retos en la aplicación del derecho ambiental internacional. Breve análisis desde el derecho internacional público”, en MICHINEL ÁLVAREZ, Miguel Angel y otro (Coords.), *Desarrollo económico, protección ambiental y bienestar social: el derecho de la sostenibilidad desde la perspectiva hispano-cubana*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 201-222
- SANTIAGO, Alfonso, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico", disertación en sesión privada del Instituto de Política Constitucional, el 21 de octubre de 2009, 51 p. Disponible en: <http://www.ancmvp.org.ar/user/files/04santiago.pdf>
- SANTIAGO, Alfonso, "El principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Comunicación en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional, el 7 de agosto de 2013, pp. 437-491. Disponible en: <http://www.ancmvp.org.ar/user/files/02%20Santiago13.pdf>
- SANTIAGO, Alfonso, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico”, *Revista Persona y Derecho*, Vol. 60, 2009, pp. 91-130. Disponible en <http://dadun.unav.edu/handle/10171/17489>.
- SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de los derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, 171 p.

- SILVA GARCÍA, Fernando, “Aportaciones del sistema de reparaciones de la Corte Interamericana al derecho internacional de los derechos humanos”, en BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo y otros (Coords.), *Protección multinivel de derechos humanos*, Manual, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2013, pp. 241-254.
- SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro “La dimensión legal de la interpretación constitucional”, *Revista chilena de Derecho*, Vol. 41 N° 2, 2014, pp. 437-471. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177032561004>.
- SOSA SACIO, Juan Manuel, “Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional”, *Gaceta Jurídica*, 2011, pp. 43-155.
- SOSA SACIO, Juan Manuel, “Los “principios” o criterios de interpretación constitucional”, *Gaceta Procesal Constitucional*, Tomo 04, Lima, 2012, 199 p.
- STARCK, Christian, *Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2011, 330 p.
- TOLLER, Fernando M, “Reputaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos”, en CIANCIARDO, Juan, (Coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006, 455 p.
- TOLLER, Fernando M, “Una metodología alternativa de interpretación constitucional y toma de decisiones que reconcilie los derechos”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, (Coord.), *Interpretación Constitucional*, Tomo II, Porrúa, México, 2005, pp. 1241-1284.
- TOLLER, Fernando M, “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales”, en E. FERRER MAC-GREGOR (Coord.), *Interpretación Constitucional*, Tomo II, Porrúa, México, 2005, pp. 1199-1228.
- TORRES HERNÁNDEZ, Jaime Uriel, “El control difuso de convencionalidad y su naturaleza subsidiaria o complementaria para optimizar el sistema jurídico mexicano”, en REYES, Joel y otro (Coords.), *5 años de Jornadas Académicas en Michoacán. Una visión jurídica de actualidad*, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, México, 2013, pp. 135-151. Disponible en: http://www.teemichoacan.org/teemichw/wp-content/uploads/2010/04/jornadas_michoacan_revision_14_nov_2013_215x14_PORTADA.pdf
- TORRES ZÚÑIGA, Natalia, “Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”,

Revista Derecho. PUCP, N° 70, 2013, pp. 347-369. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6757>

- TORRES ZÚÑIGA, Natalia, “Las relaciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales locales. La incorporación de la jurisprudencia internacional en el marco de la resolución de conflictos por jueces nacionales”, *Gaceta Constitucional*, Tomo 19, 2009, pp. 37-60
- TORRES ZÚÑIGA, Natalia, *Control de Convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*, Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Católica del Perú, Lima 2012, 385 p. Disponible en: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1367/TORRES_ZU%C3%91IGA_CONTROL_CONVENCIONALIDAD.pdf?sequence=1
- TRAVIESO, Juan Antonio, *Garantías fundamentales de los derechos humanos. Conflictos, paradigmas, aplicación de sistemas jurídicos internacionales*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, 437 p.
- URIBE ARZATE, Enrique y otro, “Mutaciones constitucionales y la problemática de su control en el Estado Constitucional”, *Revista de Derecho. Universidad del Norte*, N° 38, 2012, pp. 196-224. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85124997007>
- URUEÑA, René, “¿Protección multinivel de los derechos humanos en América Latina? Oportunidades, desafíos y riesgos” en BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo y otros (Coords.), *Protección multinivel de derechos humanos*, Manual, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2013, pp. 17-46.
- VÁSQUEZ AGÜERO, Piero, “La accidentada ruta constitucional de la jerarquía de los tratados en el derecho interno”, *Revista de Derecho Themis*, N° 63, 2013, pp. 89-108. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8992>
- VIAR, Ludmila Andrea, *Jurisprudencia reciente sobre la persona humana respecto a la fertilización in vitro*, documento inédito, Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/jurisprudencia-reciente-persona-viar.pdf>
- VILLANUEVA, Marcos Agustín, "El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos humanos fundamentales", ponencia presentada en Congreso de Derecho Público: Democracia y Derechos, Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 2012, 16 p. Disponible en: <http://derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derechos-humanos-marcos-villanueva.pdf>

- VÍTOLO, Alfredo M., “El derecho internacional y la interpretación de la Constitución”, en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo I, Moreno, Lima, 2009, 857 p.
- VÍTOLO, Alfredo M., “Una novedosa categoría jurídica: el «querer ser». Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del «control de convencionalidad»”, *Revista Pensamiento Constitucional. PUCP*, Vol. 18, No. 18, 2013, pp. 356-380. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8961>